RICCARDO CARDILLI

# IL *PERICULUM* E LE *USURAE* NEI GIUDIZI DI BUONA FEDE

* Testo riveduto e ampliato rispetto all'esposizione orale.

SOMMARIO: 1. Dal principio '*usura pecuniae... in fructu non est*' alle '*usurae vicem fructum optinent*'. - 2. Rapporto tra *usurae* e *periculum*: la regola di Labeone e gli sviluppi successivi: A.La regola di Labeone: a) Esegesi di D. 17,1,10,8; b) Applicazione della regola anche alla *societas* (D. 17,2,67,1); B. La distinzione di Nerva ed il cd. *contractus mohatrae* (D. 12,1,11 pr.); C. La regola sabiniana su spettanza dei vantaggi e accollo dei pericoli (D. 13,6,13,1). - 3. *Periculum nominum* e *usurae* nella tutela e nella *negotiorum gestio*: A. L'*officium tutoris*, il *periculum nominum* e l'*usuras praestare* (D. 26,7,16); B. Il *periculum nominum* e l'*usuras praestare* del *negotiorum gestor* (PS. 1,4,3; D. 3,5,36 [37], 1). - 4. *Periculum nummorum* e ritardo nel riconoscimento di una obbligazione di *usuras praestare* nel deposito cd. irregolare al di fuori delle ipotesi di interessi convenzionali e di mora. - 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *Dal principio* 'usura pecuniae... in fructu non est' *alle* 'usurae vicem fructuum optinent'

La mentalità moderna sottolinea solitamente la «naturale fecondità del denaro» che giustificherebbe la nozione degli interessi come «corrispettivo del godimento [del denaro] che altri ne abbia» (art. 820, 3° co., cod. civ. it.)[1]. Questa concezione, che privilegia una valutazione del denaro come 'capitale' (potenziale) e non come semplice mezzo di scambio delle

[1] Cfr. a titolo di esempio P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, (1975²), p. 615; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli (1987), p. 198; per una riconsiderazione del problema prestando attenzione al profilo storico, vd. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm.del cod.civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma (1963), pp. 575 sgg.; e più di recente, C.M. MAZZONI, *Frutti civili e interessi di capitale*, Milano (1986), pp. 1-52.

merci[2], costituisce l'attuale punto di approdo della discussione che ha impegnato il pensiero giuridico, morale e teologico fin dal medioevo[3].

[2] La maturazione di una nozione del denaro come «capitale produttivo di ricchezza», al fianco del «capitale industriale» e del «capitale commerciale», è conseguenza della possibilità che si riconosce al denaro di essere trasformato appunto in «capitale», «e attraverso questa trasformazione diventa, da valore dato, un valore che valorizza, che aumenta se stesso. Esso produce profitto...». «Con ciò esso acquista, oltre al valore d'uso che esso possiede come denaro, un valore d'uso addizionale, cioè quello di operare come capitale»; K. MARX, *Il capitale*, III, 1, trad.it. M.L. BOGGERI, Milano (1977) effettuata sull'ed. Dietz, Berlin 1949, pp. 377-385 e pp. 403 sgg.

[3] Vd. a riguardo una sintesi della storia del problema in T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Deventer-Boston (1990), pp. 166 sgg.; sul problema delle *usurae* nel pensiero giuridico dell'età medioevale, vd., ad es., P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano (1960), pp. 131-134; B. SCHNAPPER, *La repression de l'usure et l'évolution économique (XIII-XVI siècles)*, in T. 37 (1969), pp. 47 sgg.; M.A. BENEDETTO, *Usura*, in NNDI. XX (1975), pp. 371 sgg.; G. CASSANDRO, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli (1982), pp. 183 sgg.; U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari (Lezioni di Storia del Diritto)*, Torino (1984), pp. 67 sgg. (in particolare sulla tipizzazione del deposito 'irregolare' in relazione all'attività dei banchieri); I. BIROCCHI, *Tra elaborazioni nuove e dottrine tradizionali. Il contratto trino e la* 'natura contractus', in *Quaderni fiorentini* 19 (1990), pp. 243 sgg., in particolare sui contratti «usurai»; M. BOARI, *Usura (dir.interm.)*, in ED. XLV (1992), pp. 1135 sgg.; e per un quadro nel pensiero cristiano cfr., in generale, BERNARD-LE BRAS-DU PASSAGE, *Usure*, in *Dict. Théol. Cath.*, XV/2 (1950), coll. 2316 sgg.; B. NELSON, *Usura e cristianesimo*, Firenze (1967), *passim*; H. LÜTHY, *Il prestito contro interesse e la competenza della teologia in materia economica*, in *Da Calvino a Rosseau*, (trad. it. A. Martinelli), Bologna (1971), pp. 75 sgg.; B. CLAVERO, *Usura. Del uso economico de la religion en la historia*, Madrid (1984), *passim*; C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale. Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al denaro e all'usura*, in *Debito internazionale. Princìpi generali del diritto*, a cura di S. SCHIPANI, Padova (1995), pp. 205 sgg.; sulle norme conciliari relative alle *usurae*, M. GIACCHERO, *L'atteggiamento dei concili in materia d'usura dal IV al IX sec.*, in *Atti IV Conv. Intern. (Acc. Rom. Cost.)*, (1981), pp. 305 sgg.; E. BIANCHI, *In tema d'usura, Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV sec.*, in *Athenaeum* LXI (1983), pp. 321 sgg.; ed in *Athenaeum* LXII (1984), pp. 136 sgg.



La prospettiva antica si trova espressa in Aristotele, quando egli afferma che il τόκος in quanto «contro natura» (παρὰ φύσιν) rientra in ciò che è 'crematistico' (*Pol.* I,10,5, 1258b4-9; Aubonnet)[4]. Per quanto riguarda il concetto latino di *usurae* si potrebbe pensare ad una considerazione di esso come 'naturale' corrispettivo dovuto da chi usa il denaro altrui, data la derivazione etimologica di *usura* da *utor, usus*[5]. Non c'è dubbio, però, che, sebbene il segno esprima certamente questo collegamento, la *iurisprudentia* romana ha negato, almeno inizialmente, al semplice 'uso' lecito del denaro altrui, non accompagnato da un particolare accordo sugli interessi, la capacità di fondare un autonomo obbligo alla corresponsione delle *usurae*. La concezione originaria dei giuristi romani si evince dalla regola che nega all'*usura pecuniae* natura di 'frutto' (Pomp. l.6 *ad Q. Mucium*; D. 50,16,121)[6], dalla

[4] Tale mentalità, secondo gli storici dell'economia, sarebbe perfettamente coerente con una percezione della moneta, essenzialmente, come mezzo di scambio; cfr. M. LECCE, *Sommario storico del pensiero economico*, Milano (1965), pp. 45-50, in particolare pp. 46-47; C. NICOLET, *Il pensiero economico dei Romani*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L.FIRPO, vol.I *L'antichità classica*, Torino (1982), pp. 877 sgg., in particolare pp. 908-918; F. DE MARTINO, *Riforme del IV secolo*, in BIDR.78 (1975), pp. 49 sgg.; in particolare pp. 62 sgg. [= *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Roma (1979), pp. 203 sgg., 216 sgg.] accentua l'importanza nell'età più antica dell'economia naturale rispetto a quella monetaria, cfr. altresì ID., *Storia economica di Roma antica*, Firenze (1978), I, pp. 45 sgg. e pp. 143 sgg.

[5] A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg (1954³), II, p. 847; A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris (1979⁴), p. 758. Cfr. altresì Varr., *De ling. Lat.* V, 36: *...quae cum non accederet ad sortem usu, usura dicta...*

[6] Solitamente si accentua la differenza tra l'inciso di Pomponio nei libri *ad Q. Mucium* (*usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est...*; D. 50,16,121) e l'affermazione di Ulpiano che «*Usurae vicem fructuum optinent...*» (D. 22,1,34). Per alcuni il contrasto si spiegherebbe per la maturazione, in età severiana, di cause autonome di interessi individuate dall'*officium iudicis* (così G. NOODT, *De foenore et usuris*, in *Opera Omnia*, I, Lugduni Batavorum [1735], liber 3°, cap. VI, p. 244); per altri attraverso la equiparazione sostanziale, ma non dogmatica, tra 'frutti' ed 'interessi' (arg. ex *vicem*) (vd. DONELLUS, *Comm. in titulum 'de usuris'*, in *Opera Omnia*, ed. Maceratae [1832], tomo X, col. 1381; CHR. FR. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it., VI, Milano (1888), § 590, p. 210; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen*, II, Berlin

necessità di intervenire con un *senatus-consultum* per dare validità a legati d'usufrutto di interi patrimoni, aventi ad oggetto quindi anche somme di denaro, e dalla discussione giurisprudenziale a questo conseguente sull'estensione dell'usufrutto anche ai crediti (cfr. Nerva in contrasto con Proculo e Cassio, in D. 7, 5, 3)[7].

Proprio la ricerca delle 'cause' giustificative degli interessi (patto, mora, uso indebito ecc.) e la loro valutazione minuziosa da parte della *iurisprudentia* romana sono coerenti con questa concezione originaria delle *usurae*[8].

[1895], pp. 176 sgg., pp. 205-206; C. FADDA, *Le* 'usurae quae officio judicis praestantur', in RISG. 3 [1887], p. 24; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti a) Diritto romano*, in ED.XVIII [1969], pp. 189 sgg., in particolare p. 197; e di recente H. WAGNER, *Remarks on the History of Interest on Loans*, in *Hom.Valls* [1989], vol. X, pp. 2813 sgg., in particolare p. 2816). A riguardo, sembra a mio avviso verosimile che il problema possa essere risolto su un piano storico, accentuando come la regola esposta nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio fosse quella più antica, come il parere di Nerva in D. 7,5,3 conferma, alla quale viene col tempo ad affiancarsi la sostanziale analogia tra frutti e *usurae* come «frutti del capitale» (così ora R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS. 105 [1988] R. Abt., p. 527); vd. per la maturazione di una simile prospettiva nel I sec. d.C., Proc. e Cassio in D. 7,5,3 e l'espressione (*denarios*) *in fructu* nella *societas pecuniarum credendarum Dacica* in FIRA II[2], p. 482, l.8; Gaio l.9 *ad ed. prov.* (D. 13,4,3) fa un collegamento tra i *pretia rerum* e le *usurae pecuniarum* (cfr. a riguardo le precisazioni di G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli [1978], cit., pp. 64-66); anche Cicerone sembra alludere agli interessi in termini di 'frutti del denaro', sebbene su un piano non strettamente tecnico-giuridico; Cic. *ad fam.* 13,56,2 «...*Heracleotae et Bargylietae, ..., aut pecuniam solvant aut fructibus suis satis faciant*». In chiave diversa è, invece, il collegamento tra *fenus* e *fetura* in Varrone, in base a Aul. Gell., *Noct. Att.* 16,12,7.

[7] Sul cd. quasi-usufrutto vd. G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in BIDR. 43 (1935), pp. 238 sgg.; ID., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino (1958[2]), pp. 411 sgg.; G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano I. Problemi di datazione*, Padova (1977), pp. 15 sgg.; V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* «iura in re aliena» *ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli (1992), pp. 167 sgg.

[8] La maturazione di una concezione degli interessi non convenzionali come corrispettivo del godimento del denaro altrui non è, forse, completamente estranea alle fonti romane, ma rimane comunque eccezionale, ed è collegata essenzialmente ad un passo delle *Pauli Sent.* 2,12, 5a (= D. 16,3,29,1) e secondo interpretazioni proposte, ad un rescritto di Gordiano C. 4,34,4, entrambi in materia di deposito irregolare; sul



Il fatto, allora, che si consideri la corresponsione degli interessi non come un qualcosa di 'connaturato' al godimento del denaro altrui, ma come un qualcosa che abbisogna oltre all'uso del capitale monetario di una specifica giustificazione, permette meglio di comprendere la prospettiva romana. D'altronde, quando i giuristi classici accosteranno i frutti del fondo e le *usurae* del denaro dal punto di vista dell'attitudine a produrre nuova ricchezza («*usurae vicem fructuum optinent*» dirà Ulpiano in D. 22,1,34; vd. altresì Gai. D. 7, 5, 2,1; Pap. D. 6,1,62 pr.; Marc. D. 36,1,46 [44],1), rimane per essi sempre chiara la differente *causa* e *ratio* degli uni e delle altre: la *natura* per i primi ed il *ius* per le seconde[9].

problema cfr. *infra*. Contro la maturazione classica di tale concezione, vd. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali nel diritto romano*, Milano (1969), pp. 126 sgg.; ID., *Usura a) diritto romano*, in ED. XLV (1992), p. 1125 e n. 6; p. 1131 e n.77; per un *ius controversum* opta, invece, A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in ZSS. 104 (1987) R.Abt., pp. 542 sgg. Su questo problema cfr. ora, accentuando la possibile emersione nel III sec. d.C. di un'obbligazione di interessi cd. legali nell'uso produttivo del denaro (*faenerare*) nell'àmbito dell'attività dei banchieri, A. PETRUCCI, *Prime riflessioni su banca ed interessi nell'esperienza romana*, in questi Atti.

[9] Oltre alla motivazione di Pomp. in D. 50,16,121 (...*quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*), è significativa la *ratio* giustificativa delle *usurae* rispetto ai frutti: ad es., per il quasi-usufrutto del denaro introdotto con un senatoconsulto di data incerta (cfr. sui problemi di datazione G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto romano* cit., pp. 15 sgg.), Gaio afferma: «*Quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae usus fructus proprie esset (nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit), sed remedio introducto coepit quasi usu fructus haberi...*» (l.7 *ad edictum provinciale* D. 7,5,2,1); Papiniano rileva che: «... *nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur..*» (l.6 *quaestionum* D. 6,1,62 pr.). Sulla moderna qualificazione degli interessi in termini di «frutti civili» ha pesato enormemente la tesi del TURGOT, *Mémoire sur les prêts d'argent* (1770), in *Oeuvres de Turgot*, a cura di G. SCHELLE, Paris (1913-1923), III, pp. 172 sgg., sul "reddito sostitutivo", fatta propria dal *code Napoléon* e la legittimazione dogmatica, operata dalla fondamentale opera del PETRAŽYCKI, *Die Lehre der Einkommen* cit., II, degli interessi come frutti del capitale. Vd. per il cc. it. art. 820[2], O.T. SCOZZAFAVA, *Gli interessi monetari*, Napoli (1984), pp. 44 sgg.; per la discussione pre-

Nelle fonti giuridiche preclassiche e classiche, oltre alla mora e all'uso indebito del denaro altrui (*pecuniam alienam ad usus proprios convertere*)[10], emerge nella ricerca della ragione che giustifichi la corresponsione di interessi cd. legali per debiti pecuniari tutelati con giudizi di buona fede l'approfondimento di profili attinenti al 'pericolo' ed in particolare al 'pericolo' del credito[11]. Questa ricerca risulta significativa in quanto è una delle vie che porta a riconoscere come non dovuti al proprietario del capitale gli interessi percepiti da chi gestisce il suo denaro, in assenza di un accordo delle parti (sia quest'ultimo stato calato in una *stipulatio,* sia invece un semplice patto collegato al contratto tutelato con il giudizio di buona fede)[12].

cedente al codice civile del 1942 cfr. la nota l) di BONFANTE nella traduzione del Fadda e Bensa delle *Pandette* del Windscheid, Torino (1925), I, 2, pp. 678-692; ed ora C.M. MAZZONI, *Frutti civili* cit., pp. 31 sgg.

[10] Salvo altre ipotesi di *usurae quae officio iudicis praestantur* collegate ai diversi tipi contrattuali (vd. ad es. nella vendita G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' cit., pp. 21 sgg.; ed ora R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., pp. 514 sgg.; M. TALAMANCA, *Vendita [dir. rom.]*, in ED. XLVI [1993], pp. 420 sgg.), sono queste le due 'cause' più importanti nei rapporti obbligatori tutelati con giudizi di buona fede: cfr. ad es. DONELLUS, *Commentarium in titulum 'de usuris..'* cit., coll. 1390 sgg.; G. NOODT, *De foenore et usuris*, liber 1°, cap. V, pp. 184-186; liber 3°, cap. VI, pp. 243-246; CHR. FR. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, 21.1, Erlangen (1820), pp. 3 sgg. [= trad. it. a cura di F. SERAFINI, 22, pp. 1 sgg.]; TH. GIMMERTHAL, *Über die Officialzinsen*, in *Arch. civ. Praxis* 61 (1878), pp. 371-402; ID., *Zur Lehre von den Officialzinsen im Allgemeinen und über Lex 23 D.de except.rei iudicatae insbesondere*, in *Arch. civ. Praxis* 73 (1888), pp. 287 sgg.; C. FADDA, *Le 'usurae quae officio judicis praestantur* cit., in RISG. 2 (1886), pp. 355-405; RISG. 3 (1887), pp. 3-45 [= ID., *Studi e questioni di diritto*, Napoli (1910), pp. 229-341]; G. CERVENCA, *op. ult. cit.*, pp. 13 sgg.; ID., *Usura* cit., pp. 1125 sgg.; in particolare pp. 1130 sgg.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München (1971²), p. 498.

[11] Da intendersi come «possibility of loss specifically through the disappearance or insolvency of the debtor»; G. MACCORMACK, *Periculum*, in ZSS. 96 (1979) R.Abt., p. 161; cfr. su D. 17,1,10,8 p. 148.

[12] Sul problema degli interessi convenzionali, vd. V. DE VILLA, *Le usurae ex pacto nel diritto romano*, Roma (1937); e, più di recente, U. BRASIELLO, *Usura*, in NNDI. 20 (1975), p. 369; T. HIRONAKA, *Zur formlosen Zinsvereinbarung beim Naturaldarlehen im römischen Recht*, in ZSS. 93 (1976) R.Abt., pp. 287 sgg.; G. CERVENCA, *Usura* cit., pp. 1129-1130.



Il problema giuridico è essenzialmente quello di sapere se gli interessi, che colui che impiega denaro altrui ha pattuito con i destinatari del prestito (interessi convenzionali), siano come tali dovuti al suo creditore, proprietario della somma investita, sebbene non preventivamente convenuti con questo (interessi cd. legali), né vi sia mora nella restituzione della *sors*, né possa parlarsi di *conversio in usus suos*, in quanto il *faenerare* ed il *pecuniam exercere* sono usi leciti del denaro altrui perché conformi al tipo di contratto o al contenuto dell'obbligazione.

In questi casi le fonti attestano un tipo di ragionamento che, nel risolvere la questione, accentua un collegamento tra il 'pericolo' dell'operazione creditizia con i terzi e il debito degli interessi.

## 2. *Rapporto tra* usurae *e* periculum*: la regola di Labeone e sviluppi successivi*

### A. *La regola di Labeone*

a) Esegesi di D. 17,1,10,8

Per valutare la regola di Labeone (D. 17,1,10,8) è opportuno prendere come punto di partenza due passi tratti dai commentari edittali dell'età dei Severi, i quali esprimono bene le ragioni di un debito degli interessi in capo al mandatario e al procuratore che operino con denaro altrui. Secondo Paolo (D. 17, 1, 20 pr.) presso il mandatario *nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.* La *fides bona* che fonda il suo rapporto col mandante, impone di ritrasferire nel patrimonio di quest'ultimo, come ogni vantaggio, così ogni danno eventualmente verificatosi nell'adempimento del mandato che non sia imputabile al mandatario[13]. Per Ulpiano (D. 17,1,10,3)[14], il procuratore sa-

[13] Cfr. O. BEHRENDS, *Die* bona fides *im* mandatum, in Ars boni et aequi. *Festschr. Waldstein* (1993), p. 46 e n. 33.

[14] Sul passo cfr. ad es. CHR. FR. GLÜCK, *Ausfürliche Erläuterung der Pandecten* cit., vol. 21.1, p. 40 [= vol. 22, pp. 41-42]; G. BILLETER,

rebbe tenuto a corrispondere gli interessi sulle somme di denaro che detiene, innanzitutto quando è in mora nella loro restituzione (*Si procurator meus pecuniam meam habeat, ex mora utique usuras mihi pendet*). Le *usurae* sarebbero altresì dovute, via sia stato o meno mandato, rispetto agli interessi da lui effettivamente percepiti dal denaro di *Ego* dato a prestito ad interessi a terzi (*Sed et si pecuniam meam faenori dedit usurasque consecutus est, consequenter dicemus debere eum praestare quantumcumque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non...*). La ragione di questo debito degli interessi, non espressamente pattuiti tra *Ego* ed il suo procuratore, andrebbe ricercata nella *fides bona*, che impedirebbe a quest'ultimo di lucrare dalle cose altrui (*quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat*). Il passo continua, poi, dicendo che nel caso in cui, invece di *pecuniam exercere*, il *procurator* abbia operato una *conversio ad usus suos*, ad usi cioè che esorbitavano dai limiti della sua attività di *procurator*, allora le *usurae* dovute sarebbero quelle corrispondenti agli usi regionali.

È certamente significativo che, oltre all'ipotesi di mora e di *conversio in usus suos*, tipici casi di *usurae* cd. legali, si ricordi un terzo caso di debito di interessi non convenzionali, quello cioè delle *usurae* percepite dal procuratore nel *pecuniam exercere* relativo a denaro di *Ego*.

La ragione del riconoscimento del debito di *usurae* in questo terzo caso ha come fondamento la buona fede, che dà rilevanza al collegamento tra 'lucro' e 'appartenenza' della somma di denaro investita, collegamento che impone comunque la imputazione al *dominus* degli interessi percepiti dal procuratore. In sostanza, quest'ultimo sarà comunque tenuto a corrispondere al proprietario ogni eventuale vantaggio (*emolumentum*) tratto dalle sue cose. Per Ulpiano l'accento è tutto

*Geschichte des Zinsfußes im griechisch-römischen Altertum bis auf Justinian*, Leipzig (1898), pp. 282-283 (il quale si sofferma soprattutto sulla differente entità degli interessi a seconda della causa giustificativa); F. SERRAO, *Il* procurator, Milano (1947), p. 37, pp. 142-143; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' cit., pp. 68-71; ID., *Usura* cit., p. 1131 (n. 74); H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita*, Helsinki (1969), pp. 39 sgg.; pp. 121-122; P. ANGELINI, *Il* 'procurator' cit., p. 99; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 543.



sull'ingiustificatezza, in base alla *fides bona*, di un 'lucrare' *de alieno*, dove l'«alienità»/appartenenza della *pecunia* indica necessariamente il destinatario degli interessi. Tenendo conto di questi princìpi, si deve approfondire una soluzione di Labeone.

> Ulp. l.31 *ad edictum* (D. 17,1,10,8)
> *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus. et Labeo scribit restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.*

Se *Ego* abbia dato mandato al proprio procuratore di dare a credito senza interessi il suo (di *Ego*) denaro, e quello, invece, si accorda col terzo per le *usurae*, si domanda se ad *Ego* spettino o meno gli interessi. Secondo Labeone, il procuratore-mandatario dovrà corrispondere le *usurae* al mandante, salvo quando l'operazione creditizia sia stata 'a suo pericolo'.

La dottrina, escludendo la questione dell'eccesso di mandato, data l'assenza di un danno a carico del mandante[15], ha riconosciuto, ed a ragione, nella prima regola (analoga a quella di Paul. D. 17, 1, 29 pr.) l'espressione della normale spettanza al mandante di ogni vantaggio derivante dall'affare, pur se non previsto[16]. Maggiori problemi, fin dalla Glossa[17], ha dato, invece, la regola labeoniana, ed in particolare cosa si debba in-

[15] Vd. a riguardo la precisazione di E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 59 (1939) R.Abt., pp. 432 sgg., in particolare p. 440 n. 1 (continua da p. 439), contro quanto afferma F. HAYMANN, *Zu l.26 §8 D.17,1*, in ZSS. 52 (1932) R.Abt., p. 350 n. 1.

[16] Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Rist. anast. del Corso di Lezioni 1948-1949, Napoli (1965), p. 165; d'accordo A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in *St. Arangio-Ruiz* I, p. 224; P. ANGELINI, *Il* procurator cit., p. 101; W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, in BIDR. 78 (1975), p. 202.

[17] La gl. '*periculo*' a D. 17,1,10,8 presuppone un accordo sul *periculum* tra *dominus* e *procurator* che avrebbe 'tacitamente' regolato anche la spettanza del lucro. Vd. nello stesso senso G. NOODT, *De foenore et usuris* cit., pp. 191-192.

tendere con *suo periculo credere*[18]. In realtà non c'è dubbio che, salvo ipotizzare ingiustificati raccorciamenti e tagli della seconda parte del passo[18], la spiegazione più attendibile mira ad inquadrare la fattispecie in un mandato di credito a persona determinata con denaro del mandante, 'a pericolo' del mandatario[20]. È stata indicata la difficoltà di immaginare «la situazione di un Tizio che riceve mandato di prestare denaro di un altro, senza riservarsi alcun vantaggio e solo accollandosi il rischio dell'operazione»[21]. Questa osservazione, però, non tiene conto di due cose: da un lato, il mandatario è in realtà anche il procuratore di *Ego*[22], probabilmente destinato proprio a

[18] La difficoltà sta nel precisare cosa implicasse per il procuratore-mandatario il dare a credito a proprio pericolo: per qualcuno ciò significherebbe una maggiore «Handlungsfreiheit» rispetto alla prima ipotesi (mandato di dare a credito a Tizio a rischio e pericolo del mandante), perchè sarebbe rimessa al mandatario la scelta del destinatario (FR. SCHULZ, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars oder des Cedenten im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 27 [1906] R.Abt., p. 139 n. 1) e la scelta dell'entità del prestito (E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars* cit., p. 492; P. ANGELINI, *Il* procurator cit., p. 101). A riguardo, però, si è giustamente accentuato che, a differenza di D. 17,1,6,6, in D. 17,1,10,8 tutte e due le fattispecie sarebbero collegate ad una ipotesi nella quale il destinatario del credito era indicato dal mandante; così A. BURDESE, *Mandatum* cit., p. 225. Per il LITEWSKI, poi, il *suo periculo credere* andrebbe inteso come la conclusione da parte del procuratore «eines selbstständigen Geschäfts» e non come «die Ausführung des Auftrags»; *Interesse des Auftraggebers* cit., pp. 202-203 (le parole riportate sono a p. 203). Vd. però le considerazioni fatte *infra* a n. 26.

[19] Ad es. perchè la fattispecie sarebbe impossibile (così G. BESELER, *Miszellen*, in ZSS. 43 [1922] R.Abt., p. 542); o perchè in contrasto con D. 17,1,6,6 (così A. BURDESE, *Mandatum* cit., p. 225; su cui d'accordo, G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' cit., pp. 71-72 n. 118).

[20] Sulle *usurae* come *praemium periculi*, vd. L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., II, pp. 200 sgg.

[21] A. BURDESE, *Mandatum* cit., p. 225.

[22] Giustamente si accentua il fatto che il mandato si inserisce su una attività già demandata al 'procuratore' dal *dominus*; si discute invece sul rapporto tra la procura ed il mandato, ritenendo alcuni di non dover riconoscere al mandato del *dominus* rilevanza giuridica, preesistendo la procura (per il FRESE, ad es., *mandare* avrebbe qui il significato di *permittere*; *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *St. Riccobono* IV, p. 401), mentre per altri il passo dimostrerebbe la natura



*pecuniam exercere*, come nell'ipotesi di Ulpiano (D. 17,1,10,3). Ciò spiegherebbe bene, in astratto, il suo interesse a dar corso ad un mandato di credito gratuito con *pecunia* del mandante a persona determinata, in quanto il contratto si inserisce in una sua attività feneratizia, svolta continuativamente per conto del *dominus*. D'altro lato, la questione dibattuta è proprio sorta in quanto, in concreto, il procuratore ha richiesto in ogni caso, contro l'accordo preso, gli interessi dalla persona indicata dal mandante; ma questo secondo profilo, che avrebbe in astratto potuto far sorgere un problema di eccesso di mandato, sembra essere per Labeone irrilevante ai fini del responso[23].

strettamente economica della procura (vd. P. ANGELINI, *Il* 'procurator' cit., pp. 100-101; su cui cfr. però la critica di A.BURDESE, *Sul* 'procurator', in SDHI. 37 [1971], p. 311) o quantomeno il fatto che essa sarebbe espressione di un «sozialer und... kommunikativer Akt» (così, ora, R. WITTMANN, *Die Prozeßformeln der* actio mandati. *Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, in *Mandatum und Verwandtes*, D. NÖRR-SH. NISHIMURA Hrsg., Heidelberg-Tokio [1993], pp. 44-45, le parole riportate sono a p. 45). Non c'è dubbio che il passo dimostri la separazione tra i due rapporti, uno, quello collegato alla procura, l'altro, di natura contrattuale, fondato sul mandato avente ad oggetto il credito a Tizio *sine usuris*, che si innesta sul primo. Ciò non significa, però, escludere una giuridicità del primo rapporto rispetto al secondo, o negare tecnicità all'uso del termine mandare nel passo perché nel caso di specie il *dominus* con la procura ha affidato l'amministrazione del proprio denaro al fine di investirlo produttivamente (*pecuniam exercere*), mentre, successivamente, con lo specifico contratto consensuale, vuole far accordare ad un amico un prestito senza interessi. Cfr. sul rapporto tra procura e mandato nel diritto classico le giuste precisazioni di V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., pp. 44 sgg. in particolare pp. 52-62; A.WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford (1961; reprint 1984), pp. 36 sgg.; sul punto, vd. anche G. PROVERA, *Mandato (negozio giuridico) a) Storia*, in ED. XXV (1975), pp. 311 sgg.; in particolare pp. 313-314; G. NEGRI, *La gestione d'affari altrui nel diritto romano*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener* (1994), pp. 661 sgg., in particolare pp. 666-669.

[23] A riguardo va detto che in tema di eccesso del mandatario, come la dottrina ha messo in luce, sembrerebbe esistere una *dissensio* tra la scuola Proculiana e quella Sabiniana: la prima seguiva un indirizzo meno rigido nel sanzionare il superamento dei *fines mandati* ogni qualvolta ciò non determinasse in concreto una maggiore onerosità per il mandante; cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., pp. 168 sgg.; A.

Ci troveremmo di fronte, quindi, alla possibilità di un *mandatum pecuniae credendae* relativo a denaro del mandante, in cui il procuratore si assume ogni 'pericolo' dell'operazione creditizia, impegnandosi comunque, rispetto al *dominus pecuniae*, alla restituzione della somma mutuata al terzo. Non è un caso che Giuliano, in un'ipotesi analoga, abbia ritenuto che il denaro andasse considerato a credito del procuratore (D. 17,1,6,6)[24].

La ragione della soluzione di Labeone sulla spettanza degli interessi, però, non segue la via del passaggio del *dominium* sul denaro tra mandante e mandatario-procuratore, come invece fa Giuliano, ma accentua soltanto il profilo del 'pericolo' del credito corso dal procuratore, senza che questa eventualità modifichi la qualifica del contratto concluso (non più mandato, ma mutuo)[25]. Il fatto che il procuratore possa dare a credito 'a suo pericolo' il denaro del mandante, da un lato non sembra imporre al giurista augusteo una riconsiderazione del tipo di negozio posto in essere, da negozio gestorio a negozio di credito, e d'altro lato lo porta a giustificare sia la condotta del mandatario-procuratore non esattamente conforme al mandato ricevuto, sia il suo *lucrari de alieno*, concedendo al *dominus*-mandante l'*actio mandati* solo per il capitale e negandola per

WATSON, *Contract of Mandate* cit., pp. 185 sgg.; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano (1981), pp. 177-178; e da ultimi, F.F. DE BUJÁN, *Un supesto polémico a propósito de exceso de mandato*, in *Est. Iglesias* III (1988), pp. 1293 sgg.; D. NÖRR, *Paulus (32 ad ed.) D. 17,1,3,5: ein Traktat zum Mandatexzeß*, in *Mél. Wubbe* (1993), pp. 355 sgg.; O. BEHRENDS, *Die* bona fides *im* mandatum cit., pp. 48-51; B. JO CHOE, *Schulkontroversen bei Überschreitung des Auftrags zum Grundstückskauf*, in *Mandatum und Verwandtes* cit., pp. 119-139; R. MARTINI, *Il mandato*, in *Homanaje Murga Gener* cit., pp. 637 sgg., in particolare pp. 645-647.

[24] *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum quaeritur: si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et faenerare periculo suo ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris faenerare potuisset, ipse lucraretur, in creditam pecuniam videtur, inquit, accepisse*; sul passo cfr. da ultimo A. WATSON, *Mandate and the Boundaries of Roman Contract*, in BIDR. 94-95 (1991-1992), pp. 41-48.

[25] Cfr. ora per una critica alla qualificazione di Giuliano A. WATSON, *Mandate and Boundaries* cit., pp. 43-44.



gli interessi percepiti[26]. E ciò, proprio perchè la stessa *fides bona*, per Labeone, obbligherebbe ad imputare le *usurae* al mandatario-procuratore, quando questi si accolli il pericolo dell'operazione creditizia. In sostanza, salvo patto contrario (Afr. D. 17,1,34 pr.)[27], la assunzione lecita del 'pericolo' del credito viene vista come un criterio essenziale, più del *dominium* sulla *sors* e più del *mandatum* ricevuto, per individuare a chi spettino gli interessi.

b) Applicazione della regola anche alla *societas* (D. 17, 2,67,1)

Da un frammento di Paolo nel commentario *ad edictum*, il cui contenuto è possibile integrare con Grenf. Pap. II,107[28], sappiamo che Labeone applicava la regola anche in materia di *societas*:

| (Paul. 32 *ad ed.* D. 17,2,67,1) | Grenf. P. II,107) |
|---|---|
| *Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si* | *[s]i so[cietatis nomine* |
| *societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum perti-* | *faene\|r]averi[t, nam si suo nomine] \| quoniam sor[tis periculum]\| ad eum p(er)tinu[erit,* |

[26] A riguardo va detto, contro l'argomento del LITEWSKI (secondo il quale il negozio di credito col terzo sarebbe stato visto non come conseguente al mandato, ma come un negozio autonomo del procuratore; *Interesse des Auftraggebers* cit., p. 203; così già FR. MOMMSEN, *Erörterungen über die Regel:* commodum ejus esse debet, cujus periculum est, Braunschweig [1859], p. 11), che Labeone non nega la legittimazione all'*actio mandati*, conseguenza normale se non avesse riconosciuto concluso il *mandatum*, ma dice che essa *cessat* rispetto alla pretendibilità da parte del mandante degli interessi sul prestito, essa, cioè, non è esperibile rispetto a quella specifica pretesa.

[27] ...*et in proposito dicendum igitur actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debebat.*

[28] Riporto qui il testo come pubblicato in *Greek Papyri II. New Classical Fragments*, ed. by P. GRENFELL-A.S. HUNT, Oxford (1897), pp. 156-157.

| | |
|---|---|
| *nuerit, usuras ipsum retinere oportet.* | *usuras]/ ipsum retinere o(por)tet. [...]| Labeo ita int(er)p(re)tat*[29]*, ut societ[a]\|tis nomen*[30] *p(re) . . mi . . . tam[*[31] |

La possibilità di confrontare il testo pervenutoci dalla compilazione giustinianea con il papiro permette di imputare al giurista augusteo il contenuto e la motivazione della L. 67,1[32]. La soppressione si ricollega alla tendenza dei compilatori ad espungere, più che controversie tra giuristi, semplici citazioni e richiami a giuristi più antichi[33].

[29] Per *interpretatur* invece dell'attestato *interpretat*; vd. F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, Lipsiae (1898; reprint 1985), II.1, p. 254; B. KRÜGER, *Neue Paulus-Brückstücke aus Aegypten*, in ZSS. 18 (1897) R.Abt., pp. 225-226 e n. 5; L.E. SIERL, *Supplementum ad Ottonis Lenel Palingenesiam Iuris Civilis, ad fidem Papyrorum*, Graz (1960), p. 6; P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes de droit romain*, Paris (1967⁷), p. 413; difende invece la forma attiva V. SCIALOJA, *Due frammenti del l.32 di Paulus ad ed.*, in *Rend. Acc. Lincei* 6 (1897), pp. 236 sgg.; [= in *St. Giuridici* II, pp. 71 sgg.]; una sintesi anche in BIDR. 9 (1896-1897), pp. 170-171; non si pronuncia F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen (1960), p. 272 n. 265.

[30] Preferiscono «*societatis nomine*» P. KRÜGER, *Neue Paulus-Brückstücke aus Aegypten* cit., p. 225; P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes* cit., p. 413; L.E. SIERL, *Supplementum* cit., p. 6; F. WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 272 n. 266.

[31] Sulla parte finale le proposte fatte sono essenzialmente due, una del BREMER che ritiene di riconoscere dopo *nomen* «P(rae)terMItTAM»; *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., p. 255; l'altra, di S. DE RICCI (seguita in P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes* cit., p. 413 n. 7; e in R. CAVENAILE, *Corpus Papyrorum Latinarum*, 2 Wiesbaden [1957], pp. 170-171), che ipotizza, invece, dopo *nomine*: «TuM Ipse TUM».

[32] Vd. già F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., II.1, p. 254; P. KRÜGER, *Neue Paulus-Bruckstücke* cit., p. 226; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, rist. anastatica dell'ed. Torino (1930-1934), Roma (1972), p. 41; P. VAN WARMELO, *Aspects of Joint Ownership in Roman Law*, in T. 25 (1957), pp. 187-188; F. WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 266; L.E. SIERL, *Supplementum* cit., p. 6; il BONA pensa ai *Posteriores*; *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano (1973), p. 69; K. MISERA, *Zur Gefahrtragung bei der römischen* 'societas', in Iuris Professio. *Festg. Kaser* (1986), p. 209.

[33] Così ad es. F. WIEACKER, *Textstufen* cit., p. 266; e M. KASER, Rc.



D'altronde, in base a D. 17, 2,60 pr., sappiamo che proprio Labeone aveva riconosciuto, in caso di mora nella restituzione del denaro sociale o di *conversio in usus suos* dello stesso da parte del socio, l'obbligo verso gli altri soci di corrispondere gli interessi, accentuandone peraltro la natura di obbligo 'risarcitorio' («*Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse*»)[34]. Il commentario edittale di Paolo relativo all'*actio pro socio* cita, poi, altre tre volte il giurista augusteo (D. 17, 2,65,1; 2; 65,16)[35].

La fattispecie contempla un socio che dà a credito con interessi il denaro sociale. Labeone distingue a seconda che egli abbia concluso il negozio con il terzo a proprio nome o in nome della società. In quest'ultimo caso, non vi sono dubbi che gli interessi vadano ripartiti equamente (*partiri*) tra tutti i soci. Nella prima ipotesi, invece, gli interessi pagati dai destinatari del credito al socio non sono dovuti agli altri soci, in quanto in questo caso il 'pericolo' della *sors* è a suo carico e quindi egli può trattenere per sè le *usurae*. Dal papiro sappiamo che Labeone si soffermava altresì sul significato della conclusione del prestito 'in nome della società', ma purtroppo le lacune non permettono congetture a riguardo[36].

a Schindler, *Justinians Haltung*... (che non esamina il confronto tra D. 17,2,67,1 e Grenf. P. II, 107), in *Iura* 18 (1967), p. 214.

[34] Cfr. a riguardo G. NOODT, *De fenore et usuris* cit., pp. 184 sgg.; ed ampiamente G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle cd.* 'usurae' *legali* cit., pp. 57-65.

[35] Sui profili palingenetici vd. F. BONA, *Studi sulla società* cit., pp. 67-69.

[36] Vale la prudenza manifestata già dallo SCIALOJA, *Due frammenti del l.32 di Paulus* cit., pp. 236 sgg. [= pp. 71 sgg.]; certamente era importante chiarire le ipotesi nelle quali il socio era visto concludere il prestito 'in nome della società', e ciò più sotto il profilo sostanziale che sotto quello formale del richiamo esplicito alla società stessa da parte del socio; vd. le giuste considerazioni di A. POGGI, *Il contratto di società* cit., p. 42 che parla di «sfera di affari che formano... l'obbietto del contratto di società»; opportunamente l'ARANGIO-RUIZ accentua, per il prestito *societatis nomine*, l'impiego del denaro sociale «nell'interesse della società»; *La società in diritto romano. Corso di lezioni (1949-1950)*, Napoli (rist. 1982), p. 86.

Si è da tempo rilevato come l'esclusione preventiva di una *societas omnium bonorum* sia perfettamente coerente a questo tipo di società, per cui ogni cosa entrata nel patrimonio del socio, seppure dopo la conclusione del contratto, rientra automaticamente nei beni sociali[37]. Più problematico è stato chiarire come potesse il socio, unilateralmente, dare in prestito la *pecunia communis*: le soluzioni proposte vanno dalla non convincente ipotesi di interpolazione del *communis*[38], alla accentuazione del fatto che qui sia implicito il consenso degli altri soci[39]. In realtà, come è stato rilevato, tale *consensus*, a differenza della vendita di una *res communis* (*Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum*...; D. 17,2,67 pr.), non è necessario, in quanto il *faenerare* denaro comune, renderlo cioè produttivo di nuova ricchezza, non concretizzerebbe, in generale, un comportamento contrario alla *fides bona*, ed in particolare, non sarebbe come tale una *conversio in usus suos*[40].

[37] Così V. Arangio-Ruiz, *La società* cit., p. 87; A. Torrent, *Consideraciones sobre la* societas omnium bonorum, in RISG. 11 (serie 3°) (1963-1967), p. 214; per Arnò, invece, la *ratio* sarebbe identica all'ipotesi in cui il socio non *o.b.* dia in prestito il denaro comune in nome della società: «comune è il rischio del capitale, e quindi comune il vantaggio degli interessi»; *Il contratto di società. Corso di diritto romano (aa. 1936-1937)*, Torino (1938), p. 286; il van Warmelo accentua soprattutto la possibilità per il socio *omnium bonorum* di disporre del denaro comune, *Aspects of Joint Ownership* cit., p. 188; così anche J. Hernando Lera, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid (1992), pp. 121 sgg.; sulla questione vd. pp. 122-123.

[38] In questo senso il Poggi, che ritiene questa l'unica spiegazione plausibile per capire come mai il socio possa senza il consenso degli altri soci dare a prestito con interessi, in nome proprio o in nome della società; *Il contratto di società* cit., pp. 43-44. In realtà, però, come i soci si ripartiscono il rischio della cosa in proprietà del singolo socio utilizzata per scopi societari (D. 17,2,52,4), così il singolo socio potrà sopportare il rischio corso dalla cosa comune impiegata per scopi estranei all'àmbito societario; così K. Misera, *Zur Gefahrtragung bei der römischen* 'societas' cit., p. 208.

[39] Così, il Misera, *Zur Gefahrtragung bei der römischen* 'societas' cit., p. 208; l'Arangio Ruiz pensa, altresì, alla liceità del *faenerare* la *pecunia communis* quando il socio avesse avuto l'«intenzione di gerire i loro [dei soci] affari»; *La società* cit., p. 86.

[40] Così già Stephanus nello sc. *Stephánou. Thés a koinopoieî*



I problemi incontrati dalla dottrina sono collegati alla difficoltà di separare la proprietà comune della *sors* dal 'pericolo' inerente alla sua perdita. In sostanza anche in questo caso, derogando al normale principio del *casum sentit dominus*[41], il socio non *o.b.*, pur essendo proprietario solo di una parte della *pecunia communis*[42], può in determinate circostanze (*i.e.* impegnandosi *suo nomine*) correre il pericolo del prestito, accollandosi tutti i rischi della mancata restituzione del denaro da parte dei terzi.

Una volta giudicato come lecito l'impiego fatto della *pecunia communis*, anche qui Labeone collega strettamente spettanza del pericolo del prestito ed imputazione degli interessi percepiti, i quali, sebbene percepiti dal denaro sociale, non saranno ripartiti tra tutti i soci, proprio perchè nella seconda ipotesi essi non corrono alcun rischio di perdere il capitale sociale[43]. Siamo nuovamente di fronte all'applicazione

(Heimbach I, p. 780; Scheltema B, II, 8, p. 520); e Cuiacius, *Observationum et emendationum Liber XXIII*, cap. 27, cito da *Opera Omnia*, ed. Neapoli (1722), Tomo III, coll. 680-681; e recentemente C. Arnò, *Il contratto di società* cit., pp. 286-287; sulla esclusione dall'*in suos usus convertere* del *faenerare* in materia di tutela vd. Paul. 9 *resp.* D. 26,7,46,2. Diversa strada segue, invece, l'Hernando Lera, che ritiene, in base a Pap. D. 22,1,1,1, (dove si parla però solo di *pecuniam communem invasare* e di *in suos usus convertere* senza precisare se queste *invasio* e *conversio* si fossero realizzate con un prestito ad interessi o in altro modo) anche il *faenerare* un uso indebito del denaro comune; *El contrato de sociedad* cit., p. 123.

[41] Così, A. Burdese, Rc. a *Iuris Professio*, in SDHI. 53 (1987), p. 421.

[42] In tal senso il Misera, che ritiene il *communis* come esprimente una «comproprietà» (*Miteigentum*); *Zur Gefahrtragung bei der römischen* 'societas' cit., p. 208. In realtà, non è dalla sola qualifica di *communis* che può trarsi questa conclusione, in quanto il conferimento societario di una cosa 'in comune' non ha necessariamente ed automaticamente effetti reali, ma dal fatto che 'in comune' viene data una somma di denaro fungibile.

[43] Per il Betti, Periculum. *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *St. de Francisci* I, pp. 195-196, la *ratio* è analoga a quella secondo cui: «certe operazioni rischiose possono essere affidate all'iniziativa e all'impegno personale di uno dei soci (al che si allude in D. 17,2,29,1 col dire *si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus*)».

della regola vista in D. 17,1,10,8, in base alla quale è secondo buona fede trattenersi gli interessi percepiti dal denaro altrui quando ci si assuma ogni pericolo del prestito e ciò coerentemente alla logica del *commodum euis esse debet cuius periculum est*, applicata proprio da Labeone in materia di dote (Pomp. 14 *ad Sab.* D. 23,3,18; Iav. 6 *ex poster. Lab.* D. 24,3,66,3)[44]. La *fides bona*, in sostanza, che fonda il rapporto societario come quello nato dal contratto di mandato, impone una vera e propria 'corrispettività' tra *usurae* e *periculum*. Essa permette, con l'accentuazione di un 'pericolo' totale rispetto all'esito del credito a carico del non proprietario, o nel caso di specie del comproprietario, di superare il divieto di trarre utili da cose non proprie o in comunione con altri[45]. Il *lucrari de alieno* come il *lucrari de commune* sarebbero, cioè, conformi a buona fede e quindi leciti ogni qual volta ci si accolli ogni rischio e pericolo del prestito[46].

[44] Così, già, R. JHERING, *Abhandlungen aus dem Römischen Recht*, Leipzig (1844), pp. 60 sgg. e p. 75 n. 2; *contra*, con argomenti non convincenti FR. MOMMSEN, *Erörterung über die Regel:* commodum ejus esse debet, cujus periculum est cit., pp. 8 sgg.

[45] Per l'HERNANDO Lera, *El contrato de sociedad* cit., pp. 122-124, il passo di Paolo è lacunoso, in quanto non si soffermerebbe sul problema della illiceità dell'uso indebito del denaro comune. In sostanza, pur riconoscendo esplicitamente «que si el socius ha prestado dinero común a interés con fines particulares, el interés percibido por el préstamo non debe repartirlo», un tale obbligo secondo questo A. si dovrebbe comunque desumere «como consecuencia de haber utilizado el capital común» (p. 123; arg. ex D. 21,1,1,1 e D. 17,2,60 pr.). Questa interpretazione, che va contro quanto dice il frammento, mi sembra condizionata, proprio, dal mancato confronto di D. 17,2,67,1 con il frammento papiraceo e con il responso labeoniano in materia di mandato. La particolarità, infatti, dell'ipotesi del *suo nomine* sta nel fatto che per Labeone il *socius non omnium bonorum* può trattenersi le *usurae* percepite dalla *pecunia communis* e non è tenuto a ripartirle con gli altri soci, in quanto si accolla il *periculum sortis*. Certamente quando tale effetto non fosse connaturato al *suo nomine faenerare* del socio, la diversa ripartizione del *periculum sortis* avrebbe imposto la ripartizione tra i soci delle *usurae* e l'obbligo di risarcimento nel caso fosse individuabile una scelta colposa dei destinatari del prestito.

[46] La difficoltà dell'interprete moderno sarebbe condizionata dal fatto che «Die Zinsen bilden jetzt ein sichers Einkommen vom Geldkapital... Sie



B. *La 'distinzione' di Nerva ed il cd.* contractus mohatrae *(D. 12,1,11 pr.)*

Un altro passo di Ulpiano evidenzia l'interazione tra *usura pecuniae* e *periculum*.

Ulp. l.26 *ad ed.*(D. 12,1,11 pr.)
*Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi.*

*Tu* chiede denaro in prestito a *Ego*, il quale, non avendo momentanea disponibilità di *pecunia*, gli consegna un vassoio (*lanx*) o una massa d'oro per rivenderli, affinchè si trattenga il prezzo come credito[47]. Nel caso in cui si abbia la vendita,

bilden jetzt keinen Glücksgewinn, kein praemium periculi»; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., II, p. 203.

[47] Sul passo, in modo più stringente rispetto alla problematica qui trattata, cfr. P. KOSCHAKER, *Die Verteilung der Gefahr beim sog.* contractus mohatrae, in *Gerichtszeitung* 74 (1923), [Sondernummer für J. Schey], pp. IX-XI; E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars*, in *Festschr.Koschaker* II (1939), pp. 80 sgg.; sul passo pp. 86 sgg.; L. LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria» e i «bonae fidei iudicia»*, in BIDR. 63 (1960), pp. 129 sgg.; sul passo pp. 135-136; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova (1962), pp. 364-365; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in ZSS. 82 (1965) R.Abt., p. 3 e n. 1; M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sog.* contractus mohatrae, in *Synt. Arangio-Ruiz* I (1964), pp. 74 sgg. [= *Ausgewählte Schriften* 2 (1976), pp. 301 sgg.]; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs in römischem und im geltenden Recht*, Berlin (1965), pp. 64-65; P. VOCI, Rc. a von Lübtow, in *Iura* 17 (1966), p. 347; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier (II)*, in RIDA. 22 (1975), p. 281; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA. 37 (1983),

Ulpiano (*puto*) considera il prezzo ricevuto a mutuo di *Tu*[48]. Il problema si pone, invece, se gli oggetti dati a *Tu* periscano, senza una sua colpa, prima della vendita. Nerva distingue a seconda che il vassoio o la massa d'oro fossero comunque in vendita, ed allora *Ego* sopporterà il loro perimento fortuito, come nell'ipotesi in cui avesse dato ad altri gli oggetti al fine di venderli[49]; oppure la *datio ad vendendum* fosse stata condizionata esclusivamente dalla richiesta del credito da parte di *Tu*. In questo secondo caso, infatti, la perdita fortuita degli oggetti è a carico del richiedente del mutuo, sebbene egli non ne sia il proprietario, e ciò massimamente se il futuro credito del prezzo fosse senza interessi.

I problemi incontrati dagli autori che si sono occupati del passo sono essenzialmente di natura sostanziale[50], ed in particolare sono discussi sia la qualificazione del tipo negoziale, sia il criterio di imputazione utilizzato.

pp. 137 sgg.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., pp. 549-550; T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in ZSS. 105 (1988) R.Abt., pp. 180 sgg.; sul passo 229-230 in collegamento con la n. 180; S. ANGERER, *Die Gefahrtragung bei den sog.Innominatkontrakten*, in *Vestigia Iuris Romani (Festschr.Wesener 60.G. )*, 1992, pp. 7 sgg.; sul passo pp. 18-19.

[48] La presa di posizione ulpianea si spiega in relazione al *ius controversum* che esisteva a riguardo; vd. ad es. per il mutuo del prezzo Lab.-Ulp. in D. 19,5,19 pr.; contro Iul.-Afr. in D. 17,1,34; cfr. sul punto M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., p.75 e n.4 [= p. 304 n. 4]; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs* cit., pp. 64-65; più di recente R. SANTORO, *Il contratto* cit., pp. 136-137; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), pp. 67-68; S. ANGERER, *Die Gefahrtragung* cit., pp. 17-19. Sul problema della armonizzazione delle testimonianze citate tentata dagli *antecessores* bizantini, vd. Z. VON LINGENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den justinianischen Juristen*, in ZSS. 6 (1885) R.Abt., pp.7-8 (dove esamina in particolare le diverse posizioni di Theophilus, Cyrillus e Stephanus).

[49] Per il GIARO, sotto il profilo metodologico, ciò attesterebbe una «Subsumption» del caso concreto avvenuta indirettamente attraverso «einer Art innertatbestandlicher Analogie»; *Über methodologische Werkmittel* cit., p. 129-130 e n. 180; le parole sono a p. 129 *i.f.*

[50] L'ipotesi formale del BESELER (*Romanistische Studien*, in ZSS. 50 [1930] R.Abt., p. 48), di espungere tutta la distinzione in base al presunto uso postclassico del termine *distinctio*, elude il problema e non sembra decisiva; cfr. *ThlL.* s.v. DISTINCTIO, V, coll. 1519-1522.



Riguardo al primo profilo si evidenziano in dottrina due interpretazioni contrapposte: da un lato chi ritiene che Nerva percepisse unitariamente il negozio giuridico posto in essere prima della vendita degli oggetti dati a *Tu*, sia in termini di mutuo[51], sia di deposito[52], sia di *aestimatum*[53]. D'altro lato, chi invece accentua la qualificazione negoziale differenziata delle due ipotesi, da una parte la *datio ad vendendum* di cose 'poste in vendita' e dall'altra quella di cose non 'in vendita'[54].

Indubbiamente la seconda linea interpretativa è la più convincente, data anche la *distinctio* di Nerva in tema di imputazione del *periculum* del perimento fortuito delle *res* di *Ego*. In particolare, quando le cose perite siano da considerare *venales*, cioè cose poste in vendita già prima della *rogatio* del prestito da parte di *Tu*[55], allora l'interesse di quest'ultimo sotteso al-

[51] Così P.KOSCHAKER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. X (1° col.); per una critica approfondita della tesi di questo A. vd. M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., pp. 74 sgg. [= pp. 303 sgg.] e su questo punto pp. 75-76 [= pp. 304-305].

[52] Vd. E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars* cit., pp. 88 sgg.; questa conclusione non tiene conto del fatto che «lo scopo non era che la cosa venisse custodita, ma, appunto, venduta»; R. SANTORO, *Il contratto* cit., p. 137.

[53] Vd. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* cit., II, 1, p. 364-365; si è però giustamente obiettato che nel passo «non si parla di *aestimatio*, e soprattutto il ricevente non riterrà nulla del prezzo»; L. LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria»* cit., p. 136; vd. altresì R. SANTORO, *Il contratto* cit., pp. 136-137; S. ANGERER, *Die Gefahrtragung* cit., p. 18.

[54] Così L. LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria»* cit., p. 136 (mutuo [*res venales*], mandato a vendere [*res nec venales*]; M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., pp. 76-78 [= pp. 305-307] (mandato a vendere *mea et tua gratia* [*res venales*]; contratto 'atipico' [*res nec venales*]); così anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., p. 139; S. ANGERER, *Die Gefahrtragung* cit., pp. 18-19.

[55] La distinzione tra cosa *venalis* e *nec venalis* è fondata sull'analisi dell'elemento soggettivo di *Ego* (*si non fui proposito hoc ut venderem...*) in relazione all'intenzione o meno di vendere le cose 'prima' della richiesta del prestito da parte di *Tu*; ad es. il KASER parla di «Sache dem Geber verkäuflich war» e di cose che il *dans* «nicht verkaufen wollte»; *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. 76 e p. 77 [= p. 305 e p. 306]; il SANTORO dice che *Ego* aveva «già posto in vendita / la cosa»; *Il contratto* cit., pp. 138-139; tale riscontro della situazione precedente alla *rogatio* doveva risultare necessario proprio per concretizzare, su un piano

l'iniziativa negoziale trova riscontro nel diverso, ma convergente interesse di *Ego* a vendere quelle cose. In questo caso, quindi, saremmo di fronte, come è stato opportunamente chiarito, ad un mandato a vendere *mea et tua gratia*[56], e di conseguenza andrebbe imputato al mandante il perimento fortuito (cioè *sine culpa*) delle *res*[57].

Quando, invece, *Ego* si decide per la *datio ad vendendum* soltanto ed esclusivamente per soddisfare la richiesta del prestito di denaro da parte di *Tu*, il che si evinceva dal fatto che egli poneva in vendita una *res nec venalis,* allora saremmo di fronte ad una fattispecie 'atipica'[58], analoga a quella trattata da Labeone in D. 19,5,19 pr. e tutelata in termini di *agere praescriptis verbis*[59].

In questa ipotesi la soluzione del parere di Nerva rispetto al *periculum*, lungi dal porre problemi di natura sostanziale[60],

probatorio, la sua intenzione a vendere le cose. Per il KOSCHAKER tale intenzione poteva dedursi dall'essere la cosa un «fondo di magazzino» (*Ladenhüter*); *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. X, col. 1°.

[56] Così per tutti M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., pp. 76-77 [= pp. 305-306]; vd. anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., p. 139.

[57] Accentua l'applicazione del principio del *casum sentit dominus*, M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. 77 [= p. 306].

[58] M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., pp. 77-78 [= pp. 306-307]; R. SANTORO, *Il contratto* cit., pp. 139-140; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto* cit., p. 67.

[59] La differenza tra le due ipotesi riposerebbe, in sostanza, sulla scelta labeoniana in D. 19,5,19 pr. di considerare in ogni caso la *datio ad vendendum* un contratto atipico, proprio per le difficoltà probatorie di cogliere l'interesse e la volontà di vendere da parte del *dans,* indici che avrebbero potuto attrarre la fattispecie in un mandato *mea et tua gratia*; vd. su questi profili, ora, R. SANTORO, *Il contratto* cit., pp. 140-141.

[60] Le critiche muovono solitamente dalla concezione preconcetta di una necessaria delimitazione della 'responsabilità' alla colpa, e dall'esclusiva applicazione del pr. *casum sentit dominus* per l'imputazione del fortuito (paradigmatico, a riguardo, è il tentativo di svalutare, anche con ipotesi di interpolazione, il *sine tua culpa* del passo, e la reinterpretazione del *perdere* in termini di «Diebstahlverlust», con la conseguente conclusione che *Tu* rispondeva di «Kustodiahaftung»; E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars* cit., p. 88 e p. 90). Il BÜRGE ritiene che l'imputazione del *periculum* a *Tu* nella seconda ipotesi (quando, cioè, «das Kreditinteresse des Darlehennehmers gegenüber dem Verkaufsinteresse des Darleihers überwiegt») sarebbe dovuta



è perfettamente coerente con la regola di Labeone (D. 19, 5,17,1; vd. anche D. 19, 5,20,2; D. 13,6, 5,13) riguardo alle fattispecie atipiche nelle quali si individui un'iniziativa negoziale (*rogatio*) preponderante di una delle parti, indice di un interesse particolare alla conclusione del futuro contratto tipico[61].

In questi casi, infatti, per Labeone si poteva derogare alla regola del *dolum et culpam praestare* ed imputare al debitore, sebbene non proprietario dei beni periti, anche il 'pericolo' del fortuito. Nerva, quindi, in base alla *rogatio* di *Tu* ed all'assenza di un interesse riconoscibile di *Ego* alla *datio ad vendendum*, trova normale accollare al primo ogni 'pericolo' che le cose di *Ego* corrono prima della vendita, prima quindi che si perfezioni il credito del prezzo[62].

all'applicazione di una «Gefahrtragung» coerente al «Darlehensrecht»; *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 550. Ciò può essere vero sul piano economico, ma sul piano giuridico considerare *Tu* fin dalla *datio ad vendendum* come un mutuatario risente della difficoltà di immaginare un soggetto (*Tu*), non proprietario delle cose perite, a cui si imputa il loro perimento fortuito. Di un modello della 'responsabilità' necessariamente fondata sulla *culpa*, risente anche la spiegazione della ANGERER, *Die Gefahrtragung* cit., p. 19, che ritiene trattarsi di una ipotesi di responsabilità per il fortuito collegata ad una *culpa praecedens*, in quanto nell'ipotesi di mutuo senza interessi l'*accipiens* sarebbe stato visto come il comodatario che presa in prestito l'argenteria per una cena, la porta con sé all'estero (D. 13,6,18 pr.; su questo passo vd. peraltro quanto dico in, *L'obbligazione di* «praestare» *e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano [1995], pp. 496 sgg.).

[61] Cfr. sulla regola labeoniana, *L'obbligazione di* «praestare» cit., pp. 377 sgg. Rispetto al passo in esame, contro l'interpretazione che nega rilevanza alla *utilitas contrahentium*, di cui la *rogatio* non rappresenterebbe nemmeno un indizio (così, ad es., G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *St. Fadda* VI, pp. 360-362 n. 3; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS. 40 [1919] R.Abt., p. 179 n. 1 [continua da p. 178]; e D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens in römischen Haftungsrecht*, in ZSS. 73 [1956] R.Abt., p. 89 e n. 86) vd. quanto diceva già il MITTEIS, *Trapezitika*, in ZSS 19 (1898) R.Abt., p. 210 n. 1; e più di recente L. LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria»* cit., p. 136; in generale sul rapporto tra iniziativa negoziale ed interesse a questa sotteso vd. ora le giuste precisazioni di F. GALLO, Synallagma *e* conventio *nel contratto*, Torino (1992), p. 199.

[62] In questo caso l'*obligatio re contracta* dimostra una certa elasticità

Rispetto al problema qui trattato, però, è molto significativo che questa logica sia da collegare, di regola, ad un prestito gratuito tra *Ego* e *Tu*, realizzato con la vendita ed il trattenimento del prezzo da parte di quest'ultimo. Quando, infatti, fossero state previste delle *usurae,* Nerva esprime un certo disagio (*et maxime*...) nell'applicare la regola appena enunciata (*tibi eam <rem> perisse*).

Piuttosto, quindi, che pensare ad un inciso non genuino[63], il dubbio potrebbe spiegarsi come la conseguenza di una difficoltà sostanziale sollevata al giurista dalla previsione degli interessi sul futuro prestito, e ciò per due ragioni:

a) la previsione di *usurae* avrebbe, comunque, rappresentato l'indice rilevante di un interesse di *Ego* alla *datio ad vendendum ut pretium utereris*, riportando la fattispecie negoziale entro i binari del mandato a vendere *mea et tua gratia.* Ciò, avrebbe comportato, di conseguenza, l'applicazione della regola *casum sentit dominus* (cioè *Ego*) salvo individuare una colpa di *Tu* (*si lancem vel massam sine tua culpa perdideris*). In realtà, però, Nerva non sembra aver seguito questo ragionamento, in quanto non dice «...*tibi eam perisse, si sine usuris credidi*», ma considera questa soluzione applicabile *maxime* quando il credito sia gratuito. Proprio il mancato ricorso ad una completa negazione, naturale invece se si fosse attratta anche questa ipotesi *sic et simpliciter* nel primo caso, potrebbe allora spiegarsi attraverso una ragione diversa, ed in particolare attraverso il profilo qui affrontato del rapporto tra 'pericolo' ed interessi;

sotto il profilo genetico, dato che si ritiene sufficiente l'accordo sul futuro credito più la *datio ad vendendum* delle cose da cui si dovrà trarre il denaro del prestito, al fine di considerare valido il credito al momento che l'*accipiens* percepisca il prezzo; non è un caso che si pensi ad un doppio trasferimento fittizio; U. VON LÜBTOW, *Die Entwicklung des Darlehensbegriffs* cit., pp. 64-65; d'accordo P. VOCI, Rc. a von Lübtow, in *Iura* 17 (1966), p. 347.

[63] Così F.P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae* cit., II, 1, p. 307-308; P. KOSCHAKER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. X; E. SACHERS, *Die Verschuldenshaftung des Depositars* cit., p. 91 n. 37; G. SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno* cit., p. 362 n. 3 (continua da p. 360); e in un primo tempo, M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., p. 78 n. 17 [= p. 307 n. 17].



b) la previsione di *usurae* avrebbe, cioè, determinato una certa vischiosità nell'applicare la regola sull'accollo del 'pericolo' a *Tu* come effettuata sulla base della sua *rogatio*[64], sebbene non si tratti in questo caso del pericolo del credito, ma del pericolo del perimento delle cose, dalla vendita delle quali si vuole trarre il denaro del prestito. Ciò confermerebbe la tendenza a considerare gli interessi, in un certo qual modo, come il 'corrispettivo' di un concorrente 'pericolo' che si corre, ed in particolare, nel caso qui visto, rispetto ad un'ipotesi in cui il pericolo delle cose date a vendere, al fine di trattenersi come somma mutuata il prezzo, sarebbe accollato al *non dominus* delle cose stesse.

C. *La regola sabiniana su spettanza dei vantaggi e accollo dei 'pericoli'; D. 13,6,13,1*

Pomp. l.11 *ad Sabinum* (D. 13,6,13,1)
*Si quem quaestum fecit is qui experiundum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.*

Il passo, tratto dal libro 11° *ad Sabinum* di Pomponio relativo all'*actio empti*, fa riferimento ad una *datio ad experiundum* nella quale l'*accipiens*, prima del gradimento, trae vantaggio dalla cosa ricevuta. Solitamente, seguendo l'integrazione dell'<*ei*> dopo il *praestabit* riportata nella *critica textus* dell'edizione del Mommsen-Krüger[65], il passo è inteso nel senso che se l'*accipiens* abbia locato *iumenta* ricevuti in prova, il guadagno, cioè la mercede, debba essere corrisposto al *dans.* Questa lettura è condizionata dal fatto che non avrebbe senso

[64] Così, ora, cambiando una precedente interpretazione, M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr* cit., nelle '*Nachbemerkungen*' della ripubblicazione del contributo in *Ausg.Schriften* cit., p. 312.

[65] La proposta risale all'edizione dell'Haloander, Norimbergae (1529). Il testo dei Basilici e gli scolii esistenti (B. 13,1,13,1) accentuano solo la posizione dell'*accipiens* e si soffermano sul tipo di azione esperibile (per Steph. l'*actio praescriptis verbis*).

dire che se l'*accipiens* ha tratto guadagno dalla cosa ricevuta in prova, del *quaestus, praestabit qui experiundum dedit.* Certamente, l'inserimento dell'*ei* facilita, con una semplice e geniale integrazione, la comprensione giuridica del passo, e ciò facendo rappresenta una via possibile da seguire. Non è un caso, però, che nell'edizione del M.-Kr. si opti per la *lectio difficilior* (l'unica tramandata dalla tradizione manoscritta), che potrebbe trovare una diversa spiegazione che non sorvoli sui notevoli problemi palingenetici che il fr. pone.

Non sembra che la testimonianza sollevi problemi sostanziali insolubili[66], se si approfondiscono sia la fattispecie, sia la regola espressa.

Si potrebbe pensare ad una sovrapposizione del commento di Pomponio sull'originale lemma di Sabino, attraverso la quale si generalizza una soluzione che Sabino dava in relazione alla pretesa del vero *emptor* rispetto al venditore, il quale aveva dato in prova ad un terzo gli animali già venduti al primo e non consegnati. Si spiegherebbe allora il fatto che la corresponsione della mercede ricavata dall'*accipiens* sia, nella prospettiva originaria del passo, oggetto del *praestare* del *dans*, e non dell'*accipiens* stesso. Pomponio, invece, volendo generalizzare la soluzione in termini di spettanza del *quaestus* a chi corre il *periculum*, sposta l'accento sul rapporto tra *dans* ed *accipiens* nella vendita a prova, facendo saltare il riferimento originario all'*actio ex empto* esperita dal compratore nei confronti del venditore per il lucro tratto dalle *res emptae* dall'*accipiens.*

Si chiarirebbero, così, anche i motivi della sua collocazione entro il titolo sul comodato nel Digesto giustinianeo (D. 13,6), quando il l.11 dell'*ad Sabinum* di Pomponio trattava dell'*actio empti*[67].

[66] E questo, contro quanto dice invece F. Haymann, *Textkritische Studien* cit., in ZSS. 40 (1919) R.Abt., p. 316 n. 2.

[67] Vd. O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig (1889; reprint Graz, 1960), II col. 114; in particolare, poi, quanto l'A. dice, consapevole dei problemi di questo libro e delle lacune con cui ci è pervenuto, a col. 112 n. 9: «*Manifestim est etiam libros X-XI ad emptionem et venditionem pertinere: singula autem accuratius persequi non possumus, cum pauca tantum ex his libris exstent fragmenta, quae certum rerum ordinem non indicant.*».



È questo un problema che mi sembra particolarmente significativo. Dai moderni interpreti è stato sostenuto che la collocazione nel titolo sul comodato del Digesto sarebbe dovuta al fatto che la *datio ad experiundum* gratuita era vista, in caso di mancato gradimento dell'*accipiens*, in termini di comodato[68]. Questa tesi è, a mio avviso, poco convincente, in quanto la *datio ad experiundum* non è vista dai *iurisprudentes* precedenti a Sabino in termini di comodato (per la discussione a riguardo vd. le diverse posizioni in Alf. Varo D. 9,2,52,3; Labeone D. 19,5,20 pr.; Mela D. 19,5,20,1)[69]. Lo stesso Sabino, poi, rispetto ad una vendita con *pactum displicentiae* ritiene esperibile l'*actio empti* (Paul. l.2 *ad ed.* D. 18,5,6; vd. altresì Ulp. l.28 *ad Sab.* D. 18,1,3). Pur ammettendo una particolare presa di posizione di Pomponio, non si spiegherebbe perché la problematica sia stata inserita in un contesto (il l.11 *ad Sabinum*) nel quale si discuteva delle pretese del compratore. Oltretutto, sembra quantomeno strano che, nell'ipotesi in esame, l'uso indebito delle cose ritenute comodate non fosse visto, allora, in termini di *furtum usus*[70]. Pensare ad « un contesto (...) in cui Pomponio trattava appunto del comodato»[71] non è poi

[68] Così, C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, ora in *Opere* III (1929), p. 148; J. Miquel, *Periculum locatoris*, in ZSS. 81 (1964) R.Abt., p. 147; G.C.I.J. van den Bergh, Qui habet commoda ferre debet onera. *Contributions à l'histoire d'une maxime juridique*, in Flores legum *H.I. Scheltema*, Groningen (1971), pp. 21 sgg. in particolare pp. 28 sgg.

[69] Vd. esattamente K. Misera, *Der Kauf auf Probe im klassischen Recht*, in ANRW. II 14 (1982), pp. 524 sgg., in particolare sul passo, pp. 556-557.

[70] Vd. a riguardo l'osservazione di M.J. García Garrido, *El* 'furtum usus' *del depositario y del comodatario*, in *Atti Acc. Rom. Cost.* IV (1981) In onore di de Dominiciis, p. 855; ciò per lo stesso Autore, non avrebbe impedito a Sabino di considerare la *datio ad experiundum* come un comodato; *Realidad y abstracción en los casos jurisprudenciales romanos*, in *Estudios Iglesias* I (1988), p. 255. Cfr. sul punto, ora, l'osservazione del Talamanca, sull'opportunità di tenere distinte le due problematiche: «il problema del rischio nel caso della *datio ad inspiciendum* (a cui si connette la legittimazione — attiva — all'*actio furti*)» e quello «del *furtum usus* nel comodato», *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in BIDR. 91 (1988), p. 795.

[71] R. Santoro, *Il contratto* cit., p. 126; il García Garrido ritiene che

del tutto sufficiente, in quanto, bisogna comunque precisare il rapporto tra commento di Pomponio e lemma di Sabino relativo all'*actio ex empto*, rapporto sempre riscontrabile per gli altri fr. del l. 11 *ad Sab.* di Pomponio.

A ben guardare, la L. 13,1 si trova inserita nel commento di Pomponio teso ad ampliare le ipotesi di partenza del lemma sabiniano, ampliamento nel quale emergono profili attinenti al comodato (pr. e 2), finendo con l'essere assorbita nella massa sabiniana nel titolo 13,6, sebbene attinente ad un problema di *datio ad experiundum*[72].

Pomponio (chiamato per un *lapsus* Ulpiano) considerasse la fattispecie come «semejante al comodato»; *Realidad y abstracción* cit., p. 255.

[72] L'ordine dato dal LENEL, non completamente convincente (ma d'altronde lo stesso A. aveva detto che «i frammenti non indicano un ordine certo degli argomenti trattati»; *op. ult. cit.*, col. 112 n. 9), è il seguente: D. 13,6,13 pr.-1; D. 21,2,27; D. 21,2,29; D. 41,1,21 pr.; D. 13,6,13,2; D. 41,1,21,1; D. 50,17,25.

In realtà è possibile cogliere nei frammenti in nostro possesso per somme linee due àmbiti di problematiche: da un lato quello relativo alla responsabilità per evizione cd. 'invertita' (quando, cioè, il *possessor ab emptore conventus absolutus est*; Pomp. l.9 *ad Sab.* D. 21,2,16,1). A questo primo gruppo appartengono quelli che trattano: del principio che la *cautio* (probabilmente *de restituendo*) sia relativa alla cosa e non alla persona (D. 50,17,25); dei limiti della responsabilità del venditore rispetto alle eccezioni sollevate al compratore dal terzo possessore nel giudizio con questo (D. 21,2,27); di ipotesi nelle quali il compratore recupera o conserva comunque la cosa persa nel giudizio col terzo possessore o col proprietario (D. 21,2,29 pr.-1); cfr. per questi passi, ad es., V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli (1980; ristampa inalt. 1° ed.), p. 351 n. 4; R.KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien (1976), p. 239; p. 336; H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, (Atti Congr. Intern. Pisa 1990), a cura di L. VACCA, II, pp. 619-620; M. TALAMANCA, *Vendita* cit., p. 395 e n. 954; p. 401 e n. 1014.

D'altro lato il problema degli acquisti fatti dal *bona fide serviens* (D. 41,1,21 pr.-1).

Il fr. 13 di D.13,6 si inserirebbe in questo quadro in termini di ampliamento delle ipotesi che possono venire in esame attraverso la tecnica, appunto, del commento. Il pr. potrebbe, ad es., prevedere un'ipotesi di *cautio de restituendo* imposta al *dominus*-comodante a favore del comodatario, quando quest'ultimo sia stato condannato per la mancata restituzione della cosa comodata scomparsa; cfr. sulla *cautio*



Tutto ciò trova conferma nel fatto che nel 'sistema civilistico' dei *libri tres iuris civilis* di Sabino, di comodato si parlerebbe essenzialmente riguardo al problema del *furtum usus* all'interno del capitolo dedicato al furto[73].

Rispetto, poi, all'ipotesi in esame non saremmo di fronte, come già detto, nell'originale lemma sabiniano ad una semplice questione di vendita a prova, ma saremmo di fronte ad una vendita perfezionata entro la quale il venditore dà a prova ad un terzo gli animali venduti. La questione avrebbe visto sullo sfondo la pretesa del compratore rispetto al venditore (*is experiundum dedit*) per l'arricchimento del terzo (*is qui experiundum accepit*) che, ricevuti in prova da quest'ultimo i *iumenta* venduti al primo, ma non consegnatigli, li ha locati. Si spiega, così, il «*si quem quaestum fecit is qui experiundum quid accepit,... id ipsum praestabit qui experiundum dedit*» della I parte del passo, senza la necessità di integrare l'*ei* prima del *qui experiundul dedit*. Ciò che interessava al giurista commentato nell'àmbito delle problematiche trattate nei *libri tres iuris civilis* non era tanto la pretesa del *dans* (venditore) rispetto all'*acci-*

*de restituendo* in generale A. GIOMARO, Cautiones iudiciales *e* officium iudicis, Milano (1982), pp. 39-70; e, con posizioni diverse, R. SANTORO, Cautiones iudiciales *e* officium iudicis, in *Labeo* 30 (1984), pp. 340 sgg., in particolare p. 348 e p. 350 n. 13 (dove questo A. rileva che il passo sarebbe «costruito su un anacoluto»); il PROVERA accentua il rapporto analogico tra la posizione del compratore e quella del comodatario rispetto alla cosa, una volta che quest'ultimo abbia pagato la *litis aestimatio* nel *iudicium commodati*; Rc. Giomaro, in SDHI. 49 (1983), pp. 495 sgg., in particolare pp. 497-498. Il § 2, si relazionerebbe, invece, alla seconda problematica, quella cioè del *bona fide serviens* al quale venga data in comodato una cosa; sul passo ora, valutando il suo collegamento con l'originale contesto sabiniano; vd. N. HAYASHI, *Der Auftrag und die sog. Innominatkontrakte*, in *Mandatum und Verwandtes* cit., pp. 179 sgg., in particolare pp. 182-183.

Saremmo quindi di fronte a tematiche ruotanti nell'originale sabiniano intorno a problemi collegati all'azione da compera, suscettibili di precisazione ed estensione attraverso ipotesi approfondite dal giurista commentatore (Pomponio), ipotesi che coinvolgono anche prestiti d'uso gratuiti.

[73] Vd., ora, R. ASTOLFI, *I* libri tres iuris civilis *di Sabino*, Padova (1983), p. 43.

*piens* (terzo)[74], quanto quella di cosa *ex empto* il compratore potesse riottenere del *quaestus* fatto dal terzo sulle cose da lui (*emptor*) acquistate (sull'obbligo del venditore di *praestare* al compratore il *commodum* derivante dalla locazione degli *iumenta* vd. peraltro Ulp. l.32 *ad ed.*; D. 19,1,13,13).

L'ipotesi qui avanzata si inserisce perfettamente nel dato palingenetico del fr. in esame ed è coerente con la regola, probabilmente di Pomponio, che esplicita la soluzione in una prospettiva negativa: una volta venduti i *iumenta*, infatti, sebbene non ancora consegnati al compratore e dati in prova ad un terzo (ad es. interessato ad acquistare animali dello stesso tipo), il pericolo del loro perimento è, comunque, a carico dell'*emptor*. Obbligare, quindi, il venditore-*dans*, che non corre più con la *perfectio* della vendita i pericoli relativi agli animali, a corrispondere a quest'ultimo gli utili percepiti dal terzo per la *res empta* ricevuta *ad experiundum*, accentua proprio il profilo del *periculum emptoris* come necessariamente collegato nella compravendita all'*emptio perfecta*, regola questa che sembra maturata proprio in ambienti sabiniani[75].

Certamente, l'enunciazione della regola in termini negativi — la cosa non deve essere a suo vantaggio, prima che sia a suo pericolo — viene a costruire la *ratio* del parere in modo più esteso rispetto alla problematica trattata nel lemma sabiniano. Attraverso di essa, infatti, si predispone un criterio atto a risolvere non più solo il problema insorto nel rapporto tra venditore-*dans* e compratore — come sarebbe stato normale se la regola avesse recitato: la cosa deve essere a suo vantaggio in quanto è a suo pericolo —, ma altresì in quello tra venditore-*dans* e terzo-*accipiens*. L'esplicitazione della regola in termini di una enunciazione generale che trascende il problema specifico[76] porta allora a considerare l'esplicitazione stessa frutto più dell'opera del commentatore (Pomponio) che del commentato (Sabino). Ciò non significa, però, che la spettanza del *quaestus* e del *periculum* allo stesso soggetto non risalga come regola alla scuola Sabiniana, proprio in quanto essa è espressione di una concezione più ampia, come dimostra l'altro principio del *secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda* (Paul. l.3 *ad Sab.* D. 50,17,10) che emerge in materia di compravendita[77].

Nell'àmbito, poi, dell'analisi del rapporto fra *usurae* e *periculum*, essenziale è proprio l'enunciazione della regola che giustificherebbe la soluzione data al problema, ma che, in base alla sua formulazione, sembra suscettibile di una applicazione più estesa[78]. Al di là, infatti, dell'esempio esaminato, l'imputazione del lucro derivante da una cosa a chi ne sopporti i 'pericoli' contiene, come il più contiene il meno, anche l'àmbito di problematiche incontrato in relazione alla regola di Labeone in materia di *usurae* e *periculum*. Una differenza di fondo, però, mi sembra esistere tra le due prospettive: per Labeone il rapporto di 'corrispettività' tra 'pericolo' ed *usurae* sarebbe fondato su una certa interpretazione della buona fede; la regola elaborata dalla scuola Sabiniana sarebbe fondata, invece, sul valore normativo della *natura* (*secundum naturam*...; D. 50,17,10), che imporrebbe in generale di imputare i vantaggi derivanti da una cosa (rispetto al nostro problema anche gli interessi derivanti dal denaro) a chi ne sopporti effettivamente il pericolo[79].

[74] Vd. sul punto, ad es. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita* cit., pp. 404 sgg.; F. Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte der römischen Kaufrechts*, Köln-Wien (1973), pp. 105 sgg.; K. Misera, *Der Kauf auf Probe* cit., pp. 524 sgg.; W. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn (1990), pp. 166 sgg.; C.A. Cannata, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI. 57 (1991), p. 378 n. 172.

[75] Vd. sul punto, ora, M. Talamanca, *Vendita* cit., pp. 459-460.

[76] In questo senso già, G. Noodt, *De foenore et usuris* cit., p. 191.

[77] Cfr., ora, per un riesame approfondito di queste problematiche, S. Weyand, *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, in T. 51 (1983), pp. 229 sgg.; R. Knütel, *Zum Nutzungszins* cit., pp. 520-522; M. Talamanca, *Vendita* cit., pp. 418-429.

[78] In senso più restrittivo, mi sembra, R. Santoro, *Il contratto* cit., p. 125; il Talamanca parla opportunamente di «massima»; *Pubblicazioni pervenute* cit., p. 795.

[79] Sull'importanza della *ratio naturalis* nella scuola Sabiniana vi è ancora un ampio dibattito; cfr. indicativamente F. Horak, *Rationes decidendi*, Aalen (1966), pp. 276 sgg.; P. Stein, *Regulae iuris*, Edinburgh (1966), pp. 49 sgg.; D. Nörr, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München (1974), pp. 98-102; Id., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso*, in BIDR. 84 (1981), pp. 9 sgg.; F. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel secondo sec. d.C.: il senso del passato*, in ANRW. II 15 (1976), pp. 163-173; Id., *Giuristi adrianei*, Napoli (1980), pp. 54-71; W.

## 3. Periculum nominum *e* usurae *nella* tutela *e nella* negotiorum gestio

### A. *L'*officium tutoris, *il* periculum nominum *e l'*usuras praestare

Le fonti obbligano il tutore che operi la *conversio in usus suos* del denaro del pupillo a corrispondere le *usurae* (cfr. ad es. Ulp. D. 26,7,7,4; Imp. Antoninus C. 5,56,1[80]). Significativo è il fatto che nell'*in suos usus convertere* non si faccia rientrare l'ipotesi in cui il tutore presti ad interessi il denaro del pupillo, sebbene lo faccia *suo nomine* (*Tutorem, qui pecuniam pupillarem quamvis suo nomine faeneraverit, non videri contra constitutiones fecisse, quae prohibent pecuniam pupillarem in usus suos convertere*; Paul. D. 26,7,46,2; vd. anche Ulp. D. 26,7,7,4). Ciò è coerente sia con il dovere del tutore di impiegare produttivamente il capitale del pupillo, investendo in immobili (ad es. Ulp. D. 26,7,7,3; 7,7), o, appunto, in prestiti ad interessi (cfr. Ulp. D. 26,7,7,4; Paul. 26,7,15; D. 26,7,49)[81]; sia con il

WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW II 15, pp. 29 sgg.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR. 80 (1977), pp. 294-298; G.G. ARCHI, Lex *e* natura *nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschr. Flume 70.G.*, I (1978), pp. 3 sgg. [= in *Scritti* I, pp. 139 sgg.]; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano*, Napoli (1979), pp. 28 sgg. e pp. 101 sgg.; A. MANTELLO, Beneficium servile *e* debitum naturale, Milano (1979), pp. 359 sgg.; G.I. FALCHI, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano (1981), pp. 231 sgg.; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustinianee*, Napoli (1984), pp. 189 sgg.; P. CERAMI, *La concezione celsina del* 'ius', in AUPA. 38 (1985), pp. 28-100; O. BEHRENDS, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index* 12 (1985), pp. 189 sgg.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Napoli (1989³), pp. 344-345; su Sabino pp. 258 sgg.; 267 sgg.; S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, II, Milano (1993), pp. 457-458.

[80] Sul punto vd. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali* cit., pp. 146 sgg.; ID., *In tema di* 'usurae' *dovute dai curatori ai* 'minores XXV annis', in *Iura* 37 (1986) [Pubbl. 1989], pp. 94 sgg.; in particolare pp. 95-96; ID., *Usura* cit., p. 1131.

[81] Vd. a riguardo, M. LAURIA, *Periculum tutoris*, in *Studi Riccobono* III (1936), pp. 285 sgg., in particolare p. 310; di recente, P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in SDHI. 56 (1990), pp. 88-89.



fatto che quando il tutore «*pecuniam pupillarem foenori dat*», la *stipulatio* con la quale si promette la restituzione del capitale e la corresponsione degli interessi deve essere conclusa di regola dal debitore direttamente con il pupillo o con un suo schiavo. Soltanto se ciò non sia possibile — in quanto «*neque pupillus eius aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit*» o perchè il pupillo sia *absens* — allora il tutore stesso, o *qui in potestate eius erit,* potrà concludere la *stipulatio suo nomine* (Ulp. D. 26,7,9 pr.).

L'obbligo, poi, di non lasciare *otiosa* la *pecunia* del pupillo non comporta la necessità di investirla in operazioni feneratizie quando sussistano delle buone ragioni per non farlo: come ad es. l'assenza di destinatari 'idonei' (Paul. D. 26,7,12,4) o l'essere l'investimento rischioso per il momento particolarmente sfavorevole (*e contrario* Gai. D. 26,7,13,1). Se poi il nuovo tutore si accorga della inidoneità dei *nomina* conclusi dal precedente tutore, è comunque tenuto ad amministrarli, senza però accollarsene il pericolo collegato (Papin. D. 26,7,35).

Chiariti questi punti, risulta rilevante un passo di Paul. 1.6 *ad Sabinum* (D. 26,7,16) dove si ricorda un parere di Marcello in materia di *periculum nominum*:

> *Cum quaeritur iudicio tutelae, quae nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat, Marcellus putabat, si tutor pecuniam pupilli mutuam dedisset et suo nomine stipulatus esset, posse dici nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere. Sed verius se putare posse tutorem eam condicionem adulescenti deferre, ut id quod gessisset tutor in contrahendis nominibus aut in totum agnoscere aut a toto recedere, ita ut perinde esset ac si tutor sibi negotium gessisset.*

Il passo ricorda un primo parere, ricordato da Marcello (*Marcellus putabat... posse dici..*) e da lui stesso non completamente condiviso (*sed verius se putare*)[82], nel quale si afferma

[82] Solitamente non si accentua la diversità delle regole, prendendosene in esame ora l'una, ora l'altra; vd. ad es. A. PERNICE, *Parerga VIII* cit., in ZSS. 19 (1898) R.Abt., p. 137-138; F.M. DE ROBERTIS, *La re-*

che i crediti fatti dal tutore con denaro del pupillo sono a pericolo del tutore, nel caso in cui egli si sia fatto promettere *suo nomine* la restituzione del denaro dai terzi con *stipulatio*. In questo caso egli dovrà garantire i 'crediti integri' al pupillo, subendo invece tutte le conseguenze negative di quelli malamente contratti e persi. La presenza di una *stipulatio*, insieme alla considerazione che se si trattasse di un prestito gratuito la distinzione non produrrebbe, di fatto, differenze sostanziali, sono l'indizio della conclusione di un mutuo (*pecuniam mutuam dare*)[83] con la previsione di interessi calati nella successiva promessa formale.

In sostanza, il tutore, in base a questa regola, si farebbe carico comunque del buon esito dei prestiti, dovendo, se soddisfatti alla scadenza (*nomina integra*), ritrasferire la *pecunia* data in prestito e gli interessi (oggetto complessivo della *stipulatio*) nel patrimonio del pupillo, e se, invece, inadempiuti (*nomina deperdita*), considerare la perdita come una perdita del suo personale patrimonio, rendendo conto al pupillo comunque della somma prestata (e quindi senza interessi).

In questo modo, nelle ipotesi di *faeneratio* 'a suo nome' del denaro del pupillo, si realizza una completa imputazione del *periculum nominum* al tutore, sebbene questi sia comunque tenuto a corrispondere a quello gli interessi eventualmente percepiti. Si accentuerebbe, in sostanza, l'imputazione del pericolo dei crediti per la conclusione di prestiti 'a proprio nome' con denaro del pupillo, in quanto, a prescindere dalla individuazione di una negligenza del tutore, essi, se non vengono soddisfatti alla scadenza, si considerano comunque 'malamente contratti' (*nomina male contracta*). Il giudizio negativo (*male*) sarebbe, quindi, collegato come tale alla conclusione di prestiti

*sponsabilità del tutore*, Bari (1960); pp. 95-96 e n. 39; p. 137 n. 171; p. 243 n. 66. Parla, ora, delle «zwei Lösungsvorschläge» di Marcello A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 544. Non si sofferma sul passo, pur trattando del problema del *periculum nominum*, il VOCI, *Diligentia* cit., pp. 96-97. Sui significati di *periculum* nella tutela vd. G. MACCORMACK, *Further on* periculum, in BIDR. 82 (1979), pp. 20 sgg.

[83] Sul *mutuum dare* in questo passo vd. R. MARTINI, *Due testi per la storia del cd.* 'credere' *edittale*, in *Atti II Sem. Rom. Gard.*, Milano (1980), p. 111.



a persone risultate di fatto, al momento della *litis contestatio*, insolventi[84].

Per Marcello, invece, sarebbe più vero (*verius*) ritenere che il pupillo debba scegliere tra il riconoscimento di tutto l'operato del tutore o il suo completo disconoscimento[85]. Nella prima ipotesi il pupillo si accollerà tutte le conseguenze (positive - interessi - e negative - perdita dei crediti -) dei negozi conclusi dal tutore; nella seconda, invece, potrà pretendere dal tutore la *pecunia* data a mutuo a terzi, quasi fosse andata a suo credito, ma non gli interessi, in quanto sarebbe come se (*ac si...*) il tutore avesse gerito un proprio negozio[86].

La via alternativa proposta da Marcello, a differenza della prima regola, sembra collegata proprio alla difficoltà di scindere l'imputazione dei vantaggi derivanti dal credito, dai 'pericoli' che esso implica, sì da mitigare la prima soluzione, che in materia di tutela accentuava la gravosità dell'*officium tutelae*, colpendo in ogni caso il tutore che usi della *pecunia* pupillare

[84] Così, M. LAURIA, *Periculum tutoris* cit., p. 310 e n. 118; il DE ROBERTIS parla di una «responsabilità senza indagine sull'elemento subiettivo» (*La responsabilità del tutore* cit., p. 137 n. 171) e di «rischio a carico del tutore per i *nomina deperdita*» (p. 243 n. 66). Non si pronuncia sulla *ratio* della prima regola il BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 544.

[85] Ingiustificata la critica formale del BESELER, che rinuncia, coerente col metodo del periodo, alla valorizzazione di un possibile *ius controversum*; *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen II (1911), p. 8.

[86] La diversa ipotesi del BÜRGE, che interpreta «*a toto recedere*» nel significato di «einer (verzinslichen) Ersatzforderung» che il tutore deve al pupillo (*Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 544), non tiene conto del fatto che una simile lettura comporterebbe lo svuotamento della distinzione e dei motivi del «*condicionem adulescenti deferre*» nella regola preferita da Marcello e una sua coincidenza con il criterio più antico del «*nomina integra pupillo salva esse, deperdita et male contracta ad tutorem pertinere*». D'altro canto, nella seconda variante del criterio preferito da Marcello, proprio la valutazione dell'attività negoziale del tutore 'come se egli avesse gerito per sé un negozio', dimostra la considerazione del prestito con denaro del pupillo come un qualcosa i cui effetti positivi e negativi rientrano nella sfera del tutore (come il *periculum nominum* così gli spettano gli eventuali interessi percepiti), fatto salvo il dovere di rendicontare la somma pupillare utilizzata.

non nell'interesse del pupillo (*suo nomine*), infrangendo così uno dei doveri fondamentali del suo *officium* (...*quia lucrum facere ex tutela non debet*, dice Trifonino esplicitando un parere di Scaev.; D. 26,7,58 pr.[87]; cfr. altresì l'inciso «*cum quo qui suo nomine quod eorum rerum fecisse dicatur*» in materia di responsabilità del tutore rispetto alla competenza giurisdizionale nella *lex Irnitana* [C.84])[88].

L'impossibilità di *lucrum facere* nell'esercizio dell'*officium tutoris*, al contrario del *lucrari de alieno* e del *lucrari de commune* sopra visti in materia di mandato e società, avrebbe comunque posto per il tutore l'obbligo di corrispondere al pupillo le *usurae* percepite o percepibili (... *praestandum, quod bona fide percepisset aut percipere potuisset*... D. 26,7,58,1) sebbene il *periculum nominum* fosse a suo carico. La *ratio* di questa regola, applicata in materia di tutela, non trova il suo fondamento nell'«alienità»/appartenenza al pupillo della *pecunia* da cui si vuole trarre vantaggio, ma nel particolare rapporto tra tutore e pupillo e nell'intensità dei doveri propri dell'*officium tutelae*[89]. A conferma di ciò sta la constatazione che un tale

[87] Sul passo in relazione alla nota di Trifonino, superando convincentemente lo scetticismo del SEIDL (*Tryphoninus und Callistratus*, in *Eranion Maridakis* [1961], pp. 235 sg.), H.T. KLAMI, *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Tryphonins zu Scaevolas Responsen*, in *Annales Universitatis Turkuensis* n. 137 (1975), pp. 43-45; su cui vd. F. HORAK, Rc. in ZSS. 94 (1977) R.Abt., pp. 418 sgg.; M. SIXTO, *Las anotaciones de Trifonino a C. Escévola (I)*, Universidade de Santiago de Compostela, pp.51-57, in particolare p. 56-57; su cui vd. le osservazioni del KLAMI in ZSS. 107 (1990) R.Abt., pp. 615 sgg.

[88] Vd. sul punto, le giuste osservazioni di F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, Napoli (1993), pp. 158-159.

[89] Questo dato conferma la necessità di affrontare le problematiche relative all'inadempimento dell'*oportere ex fide bona* in modo articolato, considerando certamente il giudizio sulla *culpa* come la regola normalmente applicata (vd. per la sua risalenza in materia di tutela, quanto dico in, *L'obbligazione di* «praestare» cit., pp. 203-211), ma valutando poi eventuali altri criteri che da questa prescindano a seconda della particolare *causa obligandi* . Rispetto alla tutela, contro ingiustificati irrigidimenti interpretativi proposti in dottrina, e condizionati talvolta dal problema dell'infamia (vd. ad es., espungendo i richiami relativi alla *diligentia-neglegentia*, W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS. 45 [1925] R.Abt., pp. 317 sgg.; partendo dal presupposto di una necessaria responsabilità



*periculum nominum* del tutore, riconosciuto rispetto al suo vincolo col *pupillus*, cessa, una volta morto quest'ultimo, rispetto al patrimonio ereditario (Paul. D. 26,7,43 pr.).

### B. *Il* periculum nominum *e l'*usuras praestare *del* negotiorum gestor

Anche nella gestione spontanea dei negozi altrui, il *gestor*, pur correndo ogni pericolo collegato al prestito del denaro dell'assente, è obbligato ad *usuras praestare*. In sostanza, chi inizi utilmente la gestione dei negozi altrui è tenuto, rispetto alle somme di denaro che presta a terzi, a corrispondere comunque le *usurae*, non solo quelle percepite ma anche quelle che il *dominus percipere potuit* (D. 3, 5,18,4)[90]. Ciò, d'altronde, trova

oggettiva [*periculum tutelae*], F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del tutore* cit.; accentuando il significato della responsabilità per dolo, che ingloberebbe anche profili attinenti alla mancata *diligentia*, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli [1933²], pp. 55 sgg.; riportando tutto entro l'alveo della responsabilità per colpa, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, in ZSS. 65 [1947] R.Abt., pp. 162-169; e di recente P. VOCI, *Diligentia* cit., pp. 86-97), vd. le giuste precisazioni di J. VÁŽNÝ, *Un esempio dello svolgimento dottrinale classico: la responsabilità del tutore*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom.* (1935-Roma), II, pp. 527 sgg.; M. LAURIA, *Periculum tutoris* cit., pp. 285 sgg.; S. SOLAZZI, *Tutore e* periculum culpae, in SDHI. 4 (1938), pp. 135 sgg.; G. MACCORMACK, *The Liability of the Tutor in Classical Roman Law*, in *The Irish Jurist* 5 (1970), pp. 369 sgg.; P. ZANNINI, *Tutela (dir.rom.)*, in ED. 45 (1992), pp. 309-311.

[90] Paul. 1.2 *ad Neratium* (D. 3,5,18 [19],4): *Non tantum sortem, verum etiam usuras ex pecunia aliena perceptas negotiorum gestorum iudicio praestabimus, vel etiam quas percipere potuimus*...; sul passo, più di recente, vd. FR. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS. 71 (1954) R.Abt., p. 179 (citato erroneamente D. 3,3,18,4); G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle cd.* 'usurae' *legali* cit., p. 93; pp. 101 sgg.; pp. 255-256; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 543; R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., p. 530 n. 68. Sull'uso del perfetto *praestavi* nella seconda parte del fr. (qui non riportata e relativa all'obbligo del *dominus* di risarcire le *usurae* sulle somme spese dal *gestor*; su cui di recente anche J. RESZCZYNSKI, Impendere, impensa, impendium. *Sulla terminologia delle spese in diritto romano*, in SDHI. 55 [1989], p. 238 n. 209) invece del *praestiti* come possibile indizio di interpolazione, R. RÖHLE, *Einige Hinweise zu einer kritischen Benutzung des VIR*, in SDHI. 55 (1989), p. 316; vd. però, per la produttività, per tutto l'arco

una corrispondenza nel reciproco obbligo dell'assente di corrispondere oltre le spese, anche gli interessi su queste (D. 3, 5,18,4 seconda parte), sì da limitare l'obbligo del *negotiorum gestor* di *usuras praestare* rispetto alle somme residue dopo aver detratto le spese sostenute (Papin. D. 3,5,30,3)[91].

Riguardo al problema qui trattato, va detto che una volta che il gestore si trovi ad amministrare una somma di denaro dell'assente, la scelta di come disporre di questo denaro viene valutata attraverso dei criteri penetranti, venendosi ad accentuare la giustificatezza della scelta effettuata alla luce delle concrete possibilità prospettatesi e delle opportune collocazioni di questo denaro (cfr. a riguardo il criterio della *iusta causa* di Giuliano in Paul. D. 3,5,12 [13])[92].

della latinità, del *perfectum* in *-vi*, in concorrenza anche con il *perfectum* con raddoppiamento, ed in particolare rispetto al rapporto tra la forma più antica *praestiti* e la forma più recente *praestavi*, A.Traina-G. Bernardi Perini, *Propedeutica al latino universitario*, Bologna (1982³), p. 144.

[91] Cfr. sul punto G. Cervenca, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *c.d. legali* cit., pp. 101 sgg.

[92] *Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum [F2 petenturum], id est sola nonaginta restituenda. si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiecticia pecuniae augeretur aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse.*

È interessante notare come essenziale per imputare ad *Ego* il pericolo del perimento fortuito dei denari depositati *in arca* sia l'indagine in concreto delle ragioni della scelta da questi operata, in termini di indizi obiettivi che permettano di individuare o negare al deposito una *iusta causa* (cfr. M. Lauria, *Periculum tutoris* cit., p. 310 n. 118). L'individuazione dell'assenza di un 'giusta causa' è collegata all'indagine della condotta di *Ego* attraverso l'accentuazione di profili oggettivi dell'accaduto; cfr. sul passo ad es. H.H. Seiler, *Der Tatbestand der* negotiorum gestio *im römischen Recht*, Köln-Graz (1968), pp. 56-57; Id., *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*,



Una volta, quindi, che il *gestor* viene ad investire il denaro dell'*absens* dandolo a prestito ad interessi si troverà, da un lato, a correre il pericolo del prestito e, d'altro lato, a dover corrispondere comunque gli interessi effettivamente percepiti o percepibili. Una tale prospettiva sembra riemergere nelle *Pauli Sententiae* proprio rispetto al rapporto tra *usurae* e *periculum* dei prestiti fatti con denaro dell'assente.

Il passo delle *PS.* ci è pervenuto nelle due redazioni, quella occidentale del Breviario e quella orientale contenuta nel Digesto giustinianeo[93].

in *Studien Kaser (65.G.)*, (1973), p. 205 (che accentua l'assenza di una «Notwendigkeit» della gestione; così anche R. Knütel, *Stipulatio poenae* cit., pp. 230-232); M. Talamanca, Rc. a Seiler, in *Labeo* 17 (1971), p. 242 n. 34; G. MacCormack, *Culpa*, in SDHI. 38 (1972), p. 136; A. Wacke, *Die Zahlung mit fremden Geld*, in BIDR. 79 (1976), p. 129 e n. 335; P. Voci, *Diligentia* cit., p. 98 e n. 46.

[93] Sui complessi problemi collegati alla tradizione delle PS. ed alla *Interpretatio* vedi, ad es., M. Conrat, *Der westgotische Paulus*, Amsterdam (1907); M. Lauria, *Ricerche su* 'Pauli sententiarum Libri', in *Ann. Macerata* (1930) [estratto]; E. Levy, *Vulgarization*, in BIDR. 45 (1938), pp. 148 sgg.; Id., *Pauli Sententiae*, Ithaca-New York (1945), pp. VII-X (preface); pp. 3 sgg.; E. Volterra, *Sull'uso delle* Sententiae *di Paolo presso i Compilatori del* Breviarium *e presso i Compilatori giustinianei*, in *Atti Congr. Intern. Dir. Rom. (Bologna)*, I, Pavia (1934), pp. 33 sgg.; C.A. Cannata, *I rinvii al* 'ius' *nella* Interpretatio *al Codice Teodosiano*, in SDHI. 28 (1962), pp. 292 sgg. (le considerazioni del quale sarebbero estendibili anche alla *Interpretatio* delle PS., vd. p. 294); H.Schellenberg, *Die Interpretation zu den Paulus-Sentenzen*, Göttingen (1965); J. Gaudemet, *Le Bréviaire d'Alaric et les Epitome*, in *La formation du droit canonique médiévale*, London (1980), pp. 3 sgg.; vd. in particolare pp. 35-36; pp. 37-41 (già in IRMAE [1965], Pars I, 2baß, pp. 5 sgg.); G.G. Archi, *Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e del V secolo*, in *St.Grosso* IV (1971), pp. 1 sgg. (sul problema vd. pp. 72 sgg. e 82 sgg.); M. Bretone, *Storia del diritto romano* cit., pp. 364-365; 376 sgg.; da ultimi, per un quadro delle problematiche relative al *Breviarium* e alla natura di esso, vd. R. Lambertini, *La codificazione di Alarico II*, Torino (1991²), *passim*; Id., *Sull'*'Epitome Gai' *nel* 'Breviarium', in *Labeo* 41 (1995), pp. 229 sgg., in particolare sul tipo di intervento dell'interprete visigotico, ad es. in materia di sostituzione pupillare, pp. 237-238 n. 38 (continua da p. 236); D. Liebs, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in ZSS. 112 (1995) R.Abt., pp. 151 sgg.; M. Bianchi Fossati Vanzetti, *Introduzione* a Pauli Sententiae. *Testo e* Interpretatio, Padova (1995), pp. XI-XL.

| | |
|---|---|
| *Pauli Sententiae* 1.4.3 | Paul. 1.1 *sententiarum* D. 3.5.36[37],1 |
| *Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque totius temporis praestare cogetur et periculum eorum nominum, quibus collocavit, agnoscere, si litis tempore solvendo non sint: hoc enim in bonae fidei iudiciis servari convenit.* | *Si pecuniae quis negotium gerat, usuras quoque praestare cogitur et periculum eorum nominum, quae ipse contraxit: nisi fortuitis casibus debitores ita suas fortunas amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae solvendo non essent.* |
| Interpretatio: *Qui pecuniam exercet alienam, usuras eius reformare cogendus est. et si minus idoneis personis de hac ipso pecunia fortasse crediderit, pro ipsorum personis, quae solvere non possunt, damnum ipse, qui talibus personis crediderit, sustinebit.* | |

Le due tradizioni, quella occidentale del Breviario e quella orientale del Digesto di Giustiniano, sembrano presentare una differenza di fondo. La prima riconosce sia l'obbligo degli interessi sui negozi pecuniari geriti dal *gestor* con *pecunia* dell'assente, sia la spettanza a lui (al gestore) del 'pericolo' dei crediti, cioè della eventuale insolvenza dei destinatari dei prestiti al momento della *contestatio* della lite. Siamo quindi di fronte ad un debito degli interessi in capo al *negotiorum gestor* sebbene questi sopporti ogni 'pericolo' dei crediti effettuati[94].

L'*Interpretatio* viene ad esplicitare il fondamento di questa affermazione attraverso l'indagine delle modalità del prestito fatto con denaro dell'assente, ed in particolare accentuando il rimprovero che si muove al *gestor* quando questi abbia dato a credito a «persone inidonee». In questo caso, avendo lui scelto di dare a credito a queste persone (*ipse, qui talibus personis crediderit*)[95], dovrà sostenere tutto il danno a ciò collegato e quindi rispondere della loro eventuale insolvenza al momento della *litis contestatio*[96].

La tradizione orientale delle *PS.* contenuta nel Digesto, dopo aver a sua volta riconosciuto l'obbligo del gestore di *usuras praestare* e di *periculum nominum praestare*, viene a precisare proprio quest'ultima affermazione. Ciò, infatti, andrebbe inteso non come spettanza di 'ogni pericolo' dell'insolvenza dei destinatari del prestito, ma come pericolo dell'insolvenza non dovuta ai casi fortuiti[97].

Solitamente si risolve la presunta contraddizione in termini di interpolazione giustinianea di D. 3,5,36,1, coerentemente ad una necessaria delimitazione della responsabilità contrattuale ai casi fortuiti[98].

All'interno di questa linea interpretativa, in parte condivisibile, si rinuncia, però, ad approfondire proprio la *ratio* della

[94] Così ad es. A. Pernice, *Parerga.VIII. Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze*, in ZSS. 19 (1898) R.Abt., p. 135; Id., *Labeo*, D, II,2,1, Halle (1900) [Neudruck Aalen 1963], p. 145; Fr. Schulz, *Klagen-Cession im Interesse des Cessionars*, in ZSS. 27 (1906) R.Abt., p. 138; L.Chiazzese, *Confronti testuali*, in AUPA. XVI (1931), p. 229 e n. 2; E. Levy, *Pauli Sententiae* cit., pp. 90-93; H. Schellenberg, *Die Interpretation* cit., pp. 53-54; G. Cervenca, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali* cit., pp. 96 sgg.

[95] Sui problemi relativi alla scelta del *qui* al posto del tramandato *quae*, vd. M. Kaser-Fr. Schwarz, *Die* Interpretatio *zu den Paulussentenzen*, Köln-Graz (1956), p. 8 e p. 59.

[96] È giusto accentuare che qui IP, a differenza di PS-D, dà «positiv einen Haftungsfall»; H. Schellenberg, *Die Interpretation* cit., p. 53.

[97] Il concetto di 'casi fortuiti' non rimanda necessariamente a quello di *vis* (così già il Krückmann, *Custodia*, in ZSS. 64 [1944] R.Abt., p. 46; e più di recente P. Voci, *Diligentia* cit., p. 127); il plurale ne accentua la genuinità (vd. ad es. Iul. in D. 16,3,1,35), contro la critica del Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La custodia*, Milano (1938), p. 36 n. 2; in senso conservativo ora I. Molnár, *Die Ausgestaltung des Begriffes der* vis maior *im römischen Recht*, in *Iura* 32 (1981), p. 101.

[98] Vd., ad es., O. Gradenwitz, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin (1887), p. 222; A. Pernice, *Parerga.VIII.* cit., pp. 135-136; Id., *Labeo* cit., p. 145; F. Eisele, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, in ZSS. 10 (1889) R.Abt., p. 300; M. Conrat, *Der westgothische Paulus* cit., p. 6 n. 11; Fr. Schulz, *Klagen-Cession* cit., p. 138; E. Levy, *Pauli Sententiae* cit., p. 92; E. Volterra, *Sull'uso delle* 'sententiae' *di Paolo* cit., pp. 52-53; L. Chiazzese, *Confronti testuali*, in AUPA. XVI (1931), p. 229 e n. 2.

regola presente nelle *PS-B* e della sua rilettura, nell'*Interpretatio*, in termini di colpa. In particolare, gli effetti sembrano gli stessi: il *gestor* risponde comunque del 'pericolo' dell'insolvenza delle persone da lui scelte come destinatari del credito con il denaro del *dominus*, in quanto queste si sono dimostrate di fatto incapaci di restituire le somme dovute (*qui solvere non possunt*). Nel testo delle *PS.* tramandato dal *Breviarium* ciò sarebbe sufficiente a motivare il *periculum nominum*. Per gli autori della *Interpretatio*, invece, ciò andrebbe esplicitato come indizio di una sua *culpa*. La *culpa* del *gestor* non risulterebbe, però, dall'indagine in concreto delle modalità della scelta da lui operata, o, come per *PS-D*, dal fatto che l'insolvenza dei debitori scelti non sia dovuta a dei casi fortuiti, ma dal semplice fatto che la scelta sia caduta su soggetti che siano poi risultati insolventi al momento della *litis contestatio*[99].

Questa prospettiva potrebbe indicare la via idonea a riconsiderare le differenze tra le due tradizioni e le ragioni della differenza del testo tramandato nel Digesto.

In effetti, in tema di *negotiorum gestio* sappiamo che il mancato investimento in prestiti ad interessi del denaro dell'assente: a) poteva essere condizionato da un diverso investimento produttivo (ad es. acquisto di immobili); b) poteva essere dovuto ad una *iusta causa* (D. 3,5,12); c) non produceva *usurae* se il diverso impiego era coerente con le 'consuetudini negoziali' dell'assente (D. 22,1,13,2). La regola enunciata in *PS.* 1,4,3 = D. 3,5,36,1, presuppone proprio questo tipo di considerazioni: il gestore, una volta che scelga di non acquistare immobili o di non invocare una *iusta causa*, ma di investire produttivamente il denaro dell'assente attraverso prestiti ad interessi, deve normalmente sostenere sia il 'pericolo dei crediti', sia corrispondere all'assente le *usurae* (*«usuras praestare cogetur et periculum... nominum agnoscere»*; *«usuras... praestare cogitur et periculum nominum»*).

[99] In sostanza il *periculum* verrebbe reinterpretato in termini di 'pericolo' di cui si risponde perchè vi è una precedente colpa; così C. ALZON, *Les risques dans la* locatio conductio, in *Labeo* 12 (1966), p. 328 n. 59 (continua da p. 327). Secondo le categorie proposte dal GAUDEMET, saremmo di fronte ad una *interpretatio* «explicatif»; *Le Bréviaire d'Alaric* cit., p. 40.



Il punto di cesura tra le due tradizioni starebbe proprio nella scelta di esplicitare in termini di *culpa*, in positivo o in negativo, il criterio tramandato nella prima parte della testimonianza delle *PS.*: colpa collegata come tale alla scelta di destinatari del credito dimostratisi 'inidonei' e colpa riconosciuta escludendo che la sopravvenuta insolvenza dei debitori sia dovuta ai casi fortuiti.

Nel testo delle *PS.* come tramandato dal Breviario e nella I parte del testo tramandato nella compilazione giustinianea, invece, il 'pericolo' dell'insolvenza dei debitori al momento della *litis contestatio* è posto a carico del *gestor* indipendentemente da una sua effettiva *culpa*, ed è collegato come tale alla conclusione dei prestiti (PS.*«periculum eorum nominum, quibus collocavit»*; *PS-D «periculum eorum nominum quae ipse contraxit»*)[100]. Il criterio, in sostanza, è anche qui analogo a quello visto in materia di tutela dei *nomina male contracta* (*supra* D. 26,7,16), il che dimostrerebbe come la prima parte delle *Sententiae* stesse qui riferendo una regola già applicata dalla giurisprudenza precedente a Paolo. Essa, in sostanza, avrebbe imputato il 'pericolo dei crediti' al gestore in base alla logica della scelta da lui fatta dei destinatari dei prestiti, a prescindere dalla possibilità di provare che una condotta diligente avrebbe evitato la conclusione di questi prestiti.

È evidente, allora, che la necessità di precisare l'originale testo delle *Sententiae*, in un caso in termini di *Interpretatio* (tradizione occidentale), nell'altro, intervenendo, integrandolo, sul testo stesso (tradizione orientale), parte da un presupposto diverso da quello che dava ragione della soluzione originaria. In questa, infatti, il vincolo obbligatorio che nasceva con una gestione utilmente iniziata del patrimonio dell'assente imponeva come tale, nell'impiego del suo denaro in negozi produttivi, l'assunzione dei 'pericoli' a ciò connessi, sebbene al *dominus* spettassero in termini di interessi i vantaggi di questi

[100] Cfr. a riguardo, i rilievi del MAYER-MALY allo Schellenberg, rispetto ad una certa fluidità interpretativa nell'uso di concetti come «Zufall» e *vis maior*; Rc. in ZSS. 83 (1966) R.Abt., p. 498 n. 5. Vd. altresì, rispetto al solo passo delle PS tramandato dal Digesto, G. MAC CORMACK, *Periculum* cit., in ZSS. 96 (1979) R.Abt., p. 167 e n. 178.

negozi. Forse già per Paolo, e sicuramente sia per gli interpreti occidentali che per i compilatori giustinianei, questa regola andava, comunque, ricondotta entro l'alveo d'applicazione del principio della *culpa*, vuoi come colpa presunta, non soggetta a prova contraria, vuoi, invece, con la possibilità di provare che l'insolvenza sopravvenuta dei destinatari del credito fosse la conseguenza di circostanze ascritte ai casi fortuiti.

Così come in materia di tutela, anche in materia di *negotiorum gestio* i presupposti stessi della liceità della gestione implicano come tali il divieto di trarne profitto (vd. ad es. Gai. l.3 *ad ed.prov.* D. 3,5,2: dove si riconosce la possibilità di condannare il gestore ogniqualvolta abbia trattenuto un qualche cosa «*ex his negotiis*»; e Labeo in D. 3,5,5,5 [4] sulla condanna della gestione *lucri causa*), anche quando il *gestor* corra i pericoli collegati alla *faeneratio pecuniae absentis*.

Sia nella tutela, che nella *negotiorum gestio*, il *lucrum facere* durante la gestione dei negozi del pupillo e dell'assente (a differenza del solo *lucrari de alieno* o *de commune* in tema di mandato e società) sarebbe allora di per sè contrario all'*oportere ex fide bona* scaturente da queste *causae obligandi*, sì da impedire (almeno fino ad un certo momento) una modificazione del principio applicato per il concorrente accollo del pericolo dei crediti al tutore ed al gestore.

## 4. Periculum nummorum *e ritardo nel riconoscimento di una obbligazione di* usuras praestare *nel deposito cd. irregolare al di fuori delle ipotesi di interessi convenzionali e di mora*

Ritengo sia necessario spendere qualche parola, infine, sul problema degli interessi nel deposito cd. irregolare. Questo tipo di negozio, che importava il deposito di denaro senza segni di riconoscimento (*pecunia* nè *clusa*, nè *obsignata*), venne considerato, nella tarda Repubblica, un negozio di credito in base al quale il depositario non si impegnava più a restituire l'*eadem res*, ma il *tantundem* (cfr. Serv.-Alf. in D. 19.2.31)[101].

[101] Per un primo riferimento della dottrina più recente vd., ad es., F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR. 49-50 (1947), pp. 80-152; B. ADAMS, *Haben die Römer* 'depositum ir-



Con il passaggio del *dominium* venivano chiaramente modificate non solo le caratteristiche proprie del normale deposito (divieto di usare della cosa depositata)[102], ma altresì le conse-

regulare' *und Darlehen unterschieden?*, in SDHI. 28 (1962), pp. 360 sgg.; H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur quam deposita* cit.; ID., *Depositum und 'Parakatathéke'*, in *Iuris Professio. Festg.Kaser (80 G.)*, (1986), pp. 89-100; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali* cit., pp. 108-140; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano (1976), pp. 148-168; (Postilla) pp. 177-184; C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali - Corso di diritto romano*, Milano (1973), pp. 381 sgg.; W. LITEWSKI, *Tra mutuo e deposito*, in *Index.* 3 (1972), pp. 557 sgg.; ID., *Figure speciali di deposito*, in *Labeo* 20 (1974), pp. 409 sgg.; ID., *Le dépôt irrégulier I*, in RIDA. 21 (1974), pp. 215 sgg.; ID., *Le dépôt irrégulier II*, in RIDA. 22 (1975), pp. 279 sgg.; R. VIGNERON, *Résistance du Droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, in RIDA. 31 (1984), pp. 307-324; W.M. GORDON, *Observations on* 'depositum irregulare', in *St. Biscardi* III (1982), pp. 363-372; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., pp. 542 sgg.; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der* l.c. irregularis, in ZSS. 104 (1987) R.Abt., pp. 156 sgg., in particolare sul deposito cd. irregolare, pp. 200-201 e n. 139; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., pp. 215-219; F. GÓMEZ-CARBAJO DE VIEDMA, *Figuras especiales de depósito*, in *Homenaje Murga Gener* cit., pp. 288 sgg.

[102] Di qui il *ius controversum* sulla qualificabilità di tale negozio in termini di deposito; cfr., già G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR. 19 (1907), pp. 197 sgg.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare* cit., pp. 114 sgg.; P. FREZZA, *Parakatathéke*, in *Symb.Taubenschlag = Eos* 48,1 (1956), pp. 152 sgg.; e, più di recente, H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur* cit., pp. 36-46 (Scev.); pp. 46-68 (Pap.); pp. 68-80 (Paul.); pp. 80-95 (Ulp.); W.M. GORDON, *Observations* cit., pp. 363 sgg.; W.LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier I* cit., pp. 227 sgg. (Alf. Varo); pp. 237 sgg. (Cerv. Scaev.); pp. 248 sgg. (Papin.); ID., *Le dépôt irrégulier II* cit., pp. 279 sgg. (Ulp.); pp. 295 sgg. (Paul.); R. VIGNERON, *Resistence* cit., pp. 307 sgg.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., pp. 542 sgg.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., p. 218; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra* 'conventio' *e* 'stipulatio' *fino a Labeone*, in Contractus *e* pactum, Atti Copanello (1988), pp. 35 sgg. in particolare pp. 77-78; ID., *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in BIDR. 91 (1988) [pubbl. 1992], p. 917. Accentuava, invece, una contrapposizione tra diritto classico e diritto giustinianeo C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in BIDR. 18 [1906], pp. 121 sgg.; ID., *Il deposito (Corso di diritto romano)*, Milano [1946], pp. 59 sgg.; e più di recente C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali* cit., pp. 381 sgg.

guenze relative ai pericoli attinenti alla *res deposita*[103]. Se di regola, infatti, il depositario rispondeva solo di dolo, nelle ipotesi di deposito cd. irregolare, con la *datio* ed il conseguente *in creditum ire*, si determinava anche il passaggio del *periculum nummorum*[104]. Non è un caso, quindi, che rispetto a questo assetto negoziale le fonti non attestino inizialmente un obbligo agli interessi, fatta salva la possibilità di un diverso accordo o di mora nella restituzione, in quanto ciò era coerente non solo con la spettanza dei 'pericoli' corsi dal denaro, ma altresì con il rapporto d'appartenenza che oramai legava quest'ultimo al depositario[105]. D'altronde anche quando questo obbligo agli interessi sembra riconoscersi al di fuori di un patto specifico ed in assenza di mora, esso si collega e viene motivato in termini di corrispettivo dell'uso del denaro (D. 16,3,29,1=PS. 2,12,5a; Gordianus C. 4,34,4)[106].

La resistenza a riconoscere un obbligo del depositario di moneta fungibile a corrispondere gli interessi cd. legali in assenza di mora, è coerente, quindi, con la particolare struttura del deposito irregolare, sia dal punto di vista dell'individuazione concreta di una *conversio in usus suos*[107], sia rispetto al passaggio, con la consegna, insieme al *dominium*, del *periculum*

[103] Cfr. sul punto H.T. KLAMI, *Mutua magis videtur* cit., pp. 143 sgg.; 167-174; G. GANDOLFI, *Il deposito* cit., pp. 141-142, p. 149; 156; 162 sgg.; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier II* cit., pp. 296 sgg.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., pp. 545 sgg. e 548 sgg.

[104] Tale effetto non dipende da una estensione pattizia della responsabilità, ma dall'*in creditum ire*; cfr. già F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare* cit., pp. 90 sgg.; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier II* cit., p. 295.

[105] Cfr. a riguardo le considerazioni di G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* usurae *cd. legali* cit., pp. 108 sgg.

[106] Sui complessi problemi interpretativi che questi passi sollevano cfr. ad es., con posizioni diverse, G. CERVENCA, *op. ult. cit.*, pp. 126 sgg.; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 546 e 552; ed ora A. PETRUCCI, *Prime riflessioni* cit., in questi Atti.

[107] Per la cui irrilevanza si schiera ad es. Papiniano (D. 16,3,25,1); cfr. sul passo le giuste precisazioni di G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare* cit., p. 229; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare* cit., pp. 164 sgg.; G. CERVENCA, *op. ult. cit.*, pp. 119 sgg.; G. GANDOLFI, *Il deposito* cit., pp. 158-159; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier I* cit., pp. 259-262; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit* cit., p. 546.



*nummorum*. Una volta che il denaro depositato sia andato in credito, le eventuali operazioni creditizie a sua volta effettuate dal depositario nei confronti dei terzi, dalle quali egli ricavi *usurae*, non legittimano, secondo buona fede, la corresponsione delle *usurae* stesse al deponente, salvo, di regola, patto contrario e ritardo nella restituzione del *tantundem*. E ciò sia sotto il profilo della non alienità del denaro da cui si ricavino gli interessi, dato che con la consegna al depositario esso è andato in credito, sia sotto quello del pericolo che si corre.

## 5. *Considerazioni conclusive*

Abbiamo riscontrato la presenza di regole e princìpi, operanti fin da Labeone, nell'àmbito dei rapporti obbligatori tutelati con *iudicia bonae fidei*, che regolano le problematiche che qui interessano, degli interessi e visti come utili che si collegano ai 'pericoli' corsi. Cioè, quando il pericolo del buon esito del prestito ricade o è assunto dal mandatario che investe *pecunia aliena* (D. 17,1,10,8) o, come nel caso del socio, *pecunia communis* (D. 17,2,67,1), si supera il criterio della 'proprietà' come unico criterio per imputare gli interessi maturati sul denaro investito, collegando, invece, le *usurae* al *periculum*, al di là dell'appartenenza della *pecunia*. In sostanza, per Labeone, pur non essendone *dominus*, chi corre i 'pericoli' attinenti ad una somma di denaro data in prestito, può trattenere per sè, in base alla *fides bona*, i vantaggi eventualmente percepiti da questa in termini di interessi. La spettanza del *periculum* è più forte del criterio 'proprietario' per capire a chi vadano imputati i vantaggi derivanti dalla somma di denaro investita. Questa logica si ritrova, in Labeone rispetto al mandatario e al socio, e come espressione di una regola più ampia, rispetto ad ogni tipo di *res*, nella concezione sabiniana che riconosce la spettanza del *quaestus* a chi corre il *periculum*, a prescindere dal *dominium* (D. 13,6,13,1). Non c'è dubbio che, al di là della *ratio decidendi*, una tale 'corrispettività' accentui, sul piano strettamente economico, una dinamica del fattore monetario che, per determinati rapporti contrattuali, entra nel mercato del credito senza la esclusiva mediazione della volontà del *dominus pecuniae* e senza, però, che quest'ultimo rischi alcunché.

Questo modo di imputare gli interessi viene meno, d'altronde, quando il rapporto obbligatorio *ex fide bona* tra gestore e proprietario del denaro impedisce e vieta in modo più intenso l'arricchimento sulla *pecunia* altrui. In particolare, in una serie di testimonianze si trova una regola diversa operante nella tutela (D. 26,7,16) e nella *negotiorum gestio* (PS. 1,4,3; D. 5,36 [37],1), dove il contenuto dell'obbligazione del tutore e del *gestor*, rispetto agli interessi percepiti sulle somme date a prestito a terzi con denaro del pupillo e dell'assente, impone la coesistenza tra il riconoscimento a loro carico del 'pericolo' del credito ed un loro debito degli interessi cd. legali.

Il fatto che essi corrano ogni 'pericolo' per i crediti conclusi con il denaro pupillare e dell'assente, non esclude l'esistenza di un loro obbligo a corrispondere a quelli gli interessi percepiti, in quanto ciò trova la sua giustificazione nel particolare ufficio che svolge il tutore e nel particolare contenuto dell'obbligazione del gestore una volta che egli decida spontaneamente di iniziare a gerire utilmente i negozi dell'assente, profili, quelli dell'*officium tutoris* e del *quidquid dare facere oportere ex fide bona* del *gestor*, che impongono come tali l'impossibilità di 'lucrare' durante la gestione del patrimonio altrui.

# L'usura ieri ed oggi

Convegno su: "L'usura ieri ed oggi"
Foggia, 7-8 aprile 1995

*a cura di*
Sebastiano Tafaro

*Estratto*



CACUCCI EDITORE